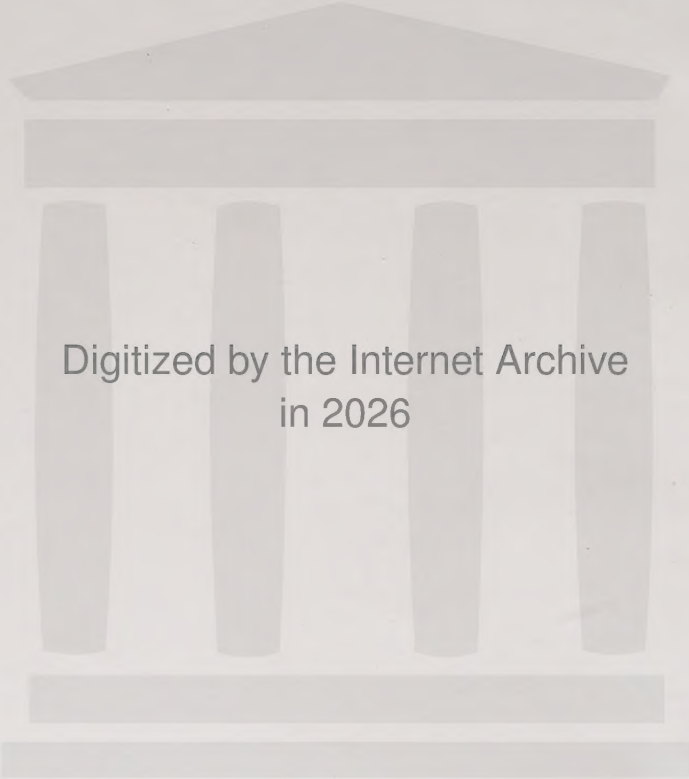


**Bestehen Möglichkeiten zur
Beseitigung der inquisitorischen
Stellung des erkennenden Gerichts
de lege ferenda?**

Benno Ziegler

1961



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555208_0104

**Bestehen Möglichkeiten zur
Beseitigung der inquisitorischen
Stellung des erkennenden Gerichts
de lege ferenda?**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Benno Ziegler

München 1961

Referent: Professor Dr. Reinhart MAURACH
Correferent: Professor Dr. Karl ENGISCH

Tag der mündlichen Prüfung: 23.11.1961



III

INHALTSÜBERSICHT

	Seite
) ZWECK UND PROBLEMATIK DES STRAFPROZESSES	1
) WEGE ZUR ERREICHUNG DIESES ZWECKS	1
I. Der Inquisitionsprozess	2
1. Begriff und Wesen	2
2. Inhalt	5
3. Kritik	6
II. Der Anklageprozess	8
1. Konstruktion und Wesen	8
2. Kritik	9
) DIE LÖSUNG DIESER FRAGE IM GELTENDEN STRAFPROZESSRECHT	10
) DIE INQUISITORISCHEN ELEMENTE IM GELTENDEN STRAFPROZESSRECHT	11
I. Das Vorverfahren	11
1. Das Ermittlungsverfahren	11
a) Aufgabe des Ermittlungsverfahrens	12
b) Durchführung dieser Aufgabe	12
c) Würdigung	12
2. Die gerichtliche Voruntersuchung	13
a) Inhalt und Zweck	13
b) Würdigung	13
II. Das Zwischenverfahren	16
1. Begriff	16
2. Inhalt und Bedeutung	17
3. Kritik	18
III. Das Hauptverfahren	19
1. Aktenkenntnis	19
2. Leitung der Verhandlung, Sachleitung	22
a) Begriff und gesetzliche Regelung	22
b) Inhalt der "Prozessleitung"	23
aa) Leitung der Verhandlung	23
bb) Vernehmung des Angeklagten	24
cc) Beweisaufnahme	25
c) Würdigung	26

IV

E)	DIE GENERELLE PROBLEMATIK DIESER IM GELTENDEN STRAFVERFAHRENSRECHT VERBLIBENEN RELIKTE DES INQUISITIONS-PROZESSES	27
I.	Für den Richter	27
II.	Für den Angeklagten	30
F)	MÖGLICHKEITEN ZUR BESEITIGUNG DIESER MÄNGEL	31
I.	Das Zwischenverfahren	31
1.	Das Für und Wider des Zwischenverfahrens als solchem	31
2.	Alternativlösungen zum Eröffnungsbeschluss	34
a)	Einführung eines sog. "Vorterminals"	35
b)	System des "konkludenten Eröffnungsdekrets"	35
c)	Eröffnung des Hauptverfahrens aufgrund blosser Klageerhebung	37
d)	Beseitigung des positiven Eröffnungsbeschlusses unter Beibehaltung des negativen Eröffnungsbeschlusses	38
e)	Lösung der geplanten "Kleinen Strafprozessreform"	39
f)	Einführung einer besonderen "Beschlussstrafkammer"	40
II.	Die Aktenkenntnis	41
1.	Völliges Verbot der Aktenkenntnis	41
2.	Verbot der Aktenkenntnis unter gleichzeitiger Erweiterung der Anklageschrift	43
III.	Die Sachleitung	45
1.	Der Parteiprozess	45
a)	Begriff	45
b)	Seine Bedeutung für die Beseitigung der inquisitorischen Stellung des erkennenden Gerichts	46
c)	Die Voraussetzungen des Parteiprozesses und deren Verwirklichung in der Strafprozessordnung	46
aa)	Begriff der "Partei"	47
bb)	Die Parteistellung des Staatsanwalts	49
cc)	Die Parteistellung des Angeklagten	52
dd)	Das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem	52
ee)	Das Verhältnis von Staatsanwalt und Angeklagtem gegenüber dem Gericht	54
ff)	Das Verhältnis von Staatsanwalt und Angeklagtem zum Gegenstand des Verfahrens	55
d)	Würdigung	56

2. Das Kreuzverhör	58
a) Begriff	58
b) Die Bedeutung des Kreuzverhörs für die Beseitigung der inquisitorischen Stellung des erkennenden Gerichts	58
c) Gesetzliche Regelung	58
d) Die Vorzüge des Kreuzverhörs	59
e) Die Bedenken gegen die Einführung des Kreuzverhörs in das deutsche Strafverfahrensrecht	61
3. Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht	66
G) ERGEBNIS	70

LITERATURVERZEICHNIS

- Aschrott, Die Reform des Strafprozesses, 1906
- Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff
- Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, 1958
- Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff
- Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928
- Biechtler, Die gerichtliche Anklageprüfung, Neue Juristische Wochenschrift, 1950, S. 530 ff
- Brangsch, Die Stellung des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 59 ff
- Carstens, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 299
- Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff
- Dix, Vernehmungsformen in Skandinavien, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 513
- Dohna, Das Strafprozessrecht, 1929
- Drucker, Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess? Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 128 ff
- Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff
- Exner, Diskussionsbeitrag zu "Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?" Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 173 ff
- Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozess des neuen Staates, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 54, S. 1 ff

- v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 1812
Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeits-
pflege, 1821
- Floegel, Zur Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland,
Deutsche Rechtszeitschrift, 1935, S. 166 ff
- Freisler, Einiges vom werdenden deutschen Blutbanngericht,
Deutsche Juristenzeitung, 1935, Sp. 585 ff
Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts,
Deutsche Strafrechtszeitung, 1935, S. 228 ff
- Gerland, Der deutsche Strafprozess, 1927
- Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprocessordnung, 1874
- Goldschmidt, Das deutsche und das österreichische Strafverfahren
und die Aussichten für eine Vereinheitlichung, Zeit-
schrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 43,
S. 409 ff
Die Kritiker der Strafprozessentwürfe, Zeitschrift für
die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 41, S. 569 ff
- Hartung, Einführung anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechts
in Deutschland? Rosenfeld-Festschrift, S. 231 ff
Einführung englisch-amerikanischen Strafverfahrens-
rechts in Deutschland?, Neue Juristische Wochen-
schrift, 1952, S. 201 ff
- Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestands-
ermittlungen, 1927
- Hennericii, Diskussionsbeitrag zu "Welche Folgerungen ergeben
sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?",
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen
Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 184 ff
- Henkel, Strafverfahrensrecht, 1953
Das deutsche Strafverfahren, 1943
- v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, 1941
- Kern, Strafverfahrensrecht, 1956
- Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum
Gerichtsverfassungsgesetz, 1954

- Kohlrausch, Unpolitische Grundfragen der Strafprozessreform, Deutsche Strafrechtszeitung, 1920, Sp. 138 ff
- Justizreform und Politik, Deutsche Juristenzeitung, 1920, Sp. 405 ff
- Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1936
- Köstlin, in Schweglers Jahrbücher, 1845, S. 906 ff
- Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, 1849
- v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, 1892
- v. Lilienthal, Entwurf einer Strafprozessordnung und Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz nebst Begründung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 29, S. 414 ff
- Weitergehende Durchführung der Anklageform, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 16, S. 97 ff
- Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung für das Deutsche Reich, 18. Auflage 1929
19. Auflage 1934
- Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Auflage 1958
- Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1958
- Mittermaier, Der Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang in Strafsachen vor dem Forum der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Deutsche Strafrechtszeitung, 1920, Sp. 33 ff
- Mittermaier, C.J.A., Das Deutsche Strafverfahren, 1839
- Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschwomengericht, 1845
- Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff
- Niederreuther, Zur Strafverfahrenserneuerung, Der Gerichtssaal, Bd. 112, S. 169 ff
- Niethammer, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, Festschrift für Wilhelm Sauer, S. 26 ff, 1949

- Oetker, Der Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 314 ff
- Strafanspruch und strafprozessualer Parteibegriff, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 1 ff
- Ein Vorschlag zur Verbesserung des Schwurgerichts, Der Gerichtssaal, Bd. 65, S. 325 ff
- Der Wert des Eröffnungsbeschlusses, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 66 ff
- Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, 1858
- Peters, Strafprozess, 1952
- Preissler, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 417
- Radbruch, Der Geist des englischen Rechts, 1947
- Reichert, Diskussionsbeitrag zu "Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?" Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 180 ff
- Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 1956
- Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, 1926
- v. Sauer, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1947/48, S. 683
- Schickert, Besprechung zu Carstens, "Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland", Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1932, S. 634 ff
- Schlosky, Diskussionsbeitrag zu "Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?" Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 155 ff
- Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 1947
- Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, 1952
Teil II, 1957

- Eb. Schmidt, Fiskalat und Strafprozess, 1921
Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff, 1944
Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff
Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1951, S. 1 ff
- Schmidt-Leichner, Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 7 ff
- Schwarz, Die Bausteine zum Strafprozess im nationalsozialistischen Staat, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 33 ff
Strafprozessordnung, 1956
- Schwarze, Die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Der Gerichtssaal, Jahrgang 1859, S. 3 ff
- Strunck, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 416 ff
- Thiemann, Zur "Parteistellung" und Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts, Deutsche Richterzeitung, 1950, S. 255 ff
- Töwe, Staatsanwaltschaft und Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff
Die Verteidigung im Vorverfahren und beim Übergang zum Hauptverfahren im neuen Strafprozess, Der Gerichtssaal, Bd. 107, S. 77 ff
- Wach, Die Reform der Strafjustiz, Deutsche Strafrechtszeitung 1920, Sp. 71 ff
Die Struktur des Strafprozesses
- Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
Bd.	Band
ff	und folgende
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
i. V.	in Verbindung
Kap.	Kapitel
Kohlrausch, StPO	Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1936
PGO	Peinliche Gerichts-Ordnung
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
S.	Seite
Eb. Schmidt, StPO I	Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil I, 1952
Eb. Schmidt, StPO II	Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Teil II, 1957
Schwarz, StPO	Strafprozessordnung, 1956
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u. a.	unter anderem
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
z. B.	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

A) ZWECK UND PROBLEMATIK DES STRAFPROZESSES

Um die Stellung des erkennenden Gerichts im Strafverfahren beurteilen zu können, ist nötig, dass man sich zuerst darüber klar wird, worin der Zweck des Strafprozesses zu sehen ist.

Eb. Schmidt 1) hebt hervor, dass der Inhalt des Strafverfahrens darin besteht, einen Sachverhalt aufzuklären, der sich in der Vergangenheit abgespielt hat. Daraus folgt, dass in dem Zeitpunkt, in dem das Gericht seine Entscheidung fällt, diesem Gericht Tatsachen vorliegen müssen, die ein geschlossenes und lückenloses Tatbild ergeben. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann ein gerechtes Urteil gefällt werden. Dabei mag es in diesem Zusammenhang offen bleiben, welche Institution die oben erwähnten Tatsachen zu ermitteln hat.

Ziel und Zweck eines jeden Strafverfahrens sind damit umrissen: Ermittlung der materiellen Wahrheit und ein auf Gerechtigkeitssuche beruhendes Urteil. Dies ist heute allgemein anerkannt und unbestritten 2).

Weiterhin wird aber zugleich die Problematik des Strafverfahrens ersichtlich: Man muss einen Weg finden, damit man sich am vollkommensten dem Ideal nähert, dass nur der wirklich Schuldige bestraft, der Unschuldige aber freigesprochen wird 3). Diese Feststellung mag zwar auf den ersten Blick nicht sonderlich auffallen. Jedoch erscheint es geboten, mit Kohlrausch 4) ausdrücklich hervorzuheben, dass gerade dort der Angelpunkt des Strafprozesses liegt, den man nicht als Selbstverständlichkeit abtun darf. Andernfalls besteht die Gefahr, dass man bei der Lösung der strafprozessualen Fragen den Kern der Problematik übersieht.

B) WEGE ZUR ERREICHUNG DIESES ZWECKS

Betrachtet man die geschichtliche Entwicklung des Strafprozessrechts, wird man sehen, dass auf zwei gänzlich verschiedenen Wegen versucht wurde, das oben herausgestellte Ziel zu erreichen: durch den Inquisitionsprozess auf der einen und den Anklageprozess auf der anderen Seite.

1) Eb. Schmidt, StPO I, S. 151

2) Goldschmidt, Kritiker der Strafprozessentwürfe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 41, S. 569 ff (S. 591)

Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 289)

Löwe-Rosenberg, StPO, Einleitung, § 12; Vorbemerkung zu § 226, Anm. 2

3) vgl. Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 263)

4) Kohlrausch, Justizreform und Politik, Deutsche Juristenzeitung, 1920, Sp. 405 ff (Sp. 413)

I. DER INQUISITIONSPROZESS

1. Begriff und Wesen

Das Wesen des Inquisitionsprozesses 5) wird durch das Zusammentreffen von zwei Elementen bestimmt.

Das erste Merkmal besteht darin, dass die gesamte Verbrechensverfolgung auf amtlicher Initiative beruht. Dies bedeutet, dass amtliche Tätigkeit den gesamten Prozess vom ersten Auftauchen eines Verdachtes bis zum Urteil in Gang hält 6). Der Staat überlässt es nicht dem einzelnen Bürger, ob ein Verbrechen verfolgt oder bestraft werden soll. Vielmehr setzt der Staat selbst Institutionen ein, die von Amts wegen als unmittelbare Staatsorgane zur Erfüllung dieser Aufgabe tätig werden 7).

Zum Wesen dieser Prozessart gehört es weiter, dass alle für die Beurteilung des Sachverhalts möglicherweise bedeutenden Momente zu erforschen sind, sei es, dass sie für den Angeklagten nachteilig oder vorteilhaft sind 8). Eb. Schmidt 9) hebt als das Entscheidende dieses Elements hervor, dass der Beweis nicht mit formalen Beweismitteln unmittelbar mit Bezug auf Schuld oder Unschuld, sondern mit rationalen Erkenntnismitteln hinsichtlich des in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts geführt wird. Treffend fasst Eb. Schmidt a. a. O. dieses Element des Inquisitionsprozesses dahin zusammen, dass nach der objektiven Wahrheit der Tatsachen geforscht wird und zu fragen ist, ob sich aus diesen Tatsachen eine Handlung des Verfolgten ergibt, für die er strafrechtlich zu haften hat.

Daher machen zwei Elemente in ihrer Verbindung das Wesen des Inquisitionsprozesses aus:

5) Da es nicht Aufgabe dieser Abhandlung sein kann, die geschichtliche Entwicklung dieser Prozessart aufzuzeigen, sei kurz auf einige Literaturstellen verwiesen, die sich mit dieser Frage näher beschäftigen:

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 6 ff

Peters, Strafprozessrecht, S. 51 ff

Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 68 ff

Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 42 ff, S. 78 ff

6) vgl. Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 68

7) Köstlin, Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens, Schweglers Jahrbücher, 1845, S. 906 ff

8) vgl. Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 47

9) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 68

1. Die **Offizialmaximen**, d.h. die Pflicht der staatlichen Organe den Prozess *ex officio*, von Amts wegen, zu führen,
2. die **Instruktionsmaximen**, d.h. der Grundsatz, sich von Amts wegen über die objektive Wahrheit zu unterrichten. In Schrifttum und Praxis wird dieser Grundsatz als das Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung bezeichnet 10).

Wo diese beiden Elemente vereinigt sind, steht der Inquisitionsprozess vor uns. Diese Betrachtungsweise, die heute von keiner Seite mehr bestritten wird 11), wurde zum ersten Male um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts von Köstlin 12) vertreten. Auch wenn die damals stark verbreitete Gegenmeinung 13) in der Gegenwart ohne Bedeutung ist, erscheint es dennoch geboten, wenn auch nur kurz, diese **seinerzeitige Streitfrage** zu berühren.

Zachariä 14) bezeichnet es als einen "auf oberflächlicher Betrachtung der Sache beruhenden Irrthum", wenn man "die amtliche Verfolgung und Bestrafung", womit der Begriff der Offizialmaximen gemeint ist, "als das Wesen des Untersuchungsprinzips" ansieht. **Gleichzeitig** räumt er aber selbst ein, dass die von ihm abgelehnte Betrachtungsweise zur "*communis opinio*" geworden ist.

Dagegen lässt sich zunächst bereits einwenden, dass Zachariä die herrschende Meinung nicht zutreffend interpretiert, wenn er ihren Hauptinhalt darin sieht, dass sie die Offizialmaximen als das eigentliche Wesen des Inquisitionsprozesses betrachtet. Denn an anderer Stelle 15) führt er selbst aus, dass "die cursirenden Vorstellungen", worunter er wohl die herrschende Meinung versteht, "zwei angebliche Merkmale des Untersuchungsprinzips" kennen:

- "1. die amtliche Verfolgung und Erforschung des Verbrechens und
2. die Erforschung materieller Wahrheit".

10) Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 281

Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 119 ff

Das deutsche Strafverfahren, S. 140 ff

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 313

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 39

Eb. Schmidt, StPO I, S. 151

11) vgl. z.B.

Peters, Strafprozess, S. 51

Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 68

12) Köstlin, Schweglers Jahrbücher, 1845, S. 906 ff

13) vgl. Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 33 ff

14) Zachariä, a.a.O., S. 35

15) Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 33

Er bringt damit doch zum Ausdruck, dass die herrschende Meinung in einer gleichrangigen Verbindung dieser zwei Elemente das Wesen des Inquisitionsprozesses sieht und nicht, wie es Zachariä später darstellt, in einer einseitigen Betonung nur des Officialprinzips. Dass aber das Officialprinzip integraler Bestandteil des Inquisitionsprinzips sein muss, ergibt sich zwingend aus dem Charakter des Inquisitionsprozesses. Dieser hat nämlich, worauf Köstlin 16) zutreffend hinweist, sein Wesen - insbesondere, aber nicht ausschliesslich - darin, dass der Staat es nicht dem Einzelnen überlässt, die Verfolgung und Bestrafung von Straftaten herbeizuführen, sondern dass der Staat zur Erfüllung dieser Aufgabe selbst Organe beruft. Gerade dieser Ausschluss der Privatwillkür und die Unabhängigkeit einer Bestrafung von ihr, ob nun der Verletzte Lust an der Verfolgung hat oder nicht, ist ein Element, das nicht aus dem Begriff des Inquisitionsprozesses herausgebrochen werden kann.

Zachariä behauptet aber in seinen weiteren Ausführungen über die Festlegung des inquisitorischen Prinzips 17), dass ferner "die Identificirung des Inquisitionsprinzips und des Prinzips der materiellen Wahrheit" - oben als Instruktionsmaximen bezeichnet - "zu den verbreitetsten, aber auch zu den schädlichsten Irrthümern der neueren Zeit gehören".

Damit lehnt er es aber auch ab, die Erforschung der materiellen Wahrheit als einen Teil des Inquisitionsprinzips anzusehen. Es erhebt sich daher mit Recht die Frage, worin dann eigentlich noch das inquisitorische Prinzip bestehen sollte. Die Antwort, die uns Zachariä 18) darauf gibt, scheint auf nichts anderem zu fussen, als auf einer Übersetzung des lateinischen Verbums *inquirere* = untersuchen: "alle diejenigen Mittel und Wege gebrauchen, welche zur Erkenntnis der wahren Beschaffenheit eines Objects hinführen können". Um zu diesem Ziele zu kommen, so führt er konsequent weiter aus, muss der Untersuchende das Objekt in seine Gewalt bekommen und ermassen, welche Mittel am geeignetsten sind, um sein Ziel zu erreichen. Das Wesen des Inquisitionsprinzips, basierend auf dem oben herausgearbeiteten Begriff, beruht demnach "auf der subjectiven Willkühr" - diese Formulierung soll aber, wie Zachariä ausdrücklich betont, keine abwertende Meinung zum Ausdruck bringen - "oder auf dem Walten des individuellen Ermessens".

Dieser Betrachtungsweise des inquisitorischen Prinzips ist entgegenzuhalten, dass sie nicht nur vollkommen von dem herkömmlichen Begriff des Inquisitionsprozesses abweicht, sondern dass hier eine Auffassung vertreten wird, die ganz offensichtlich nur von der engen Wortbedeutung "inquirere" ausgeht, und alleine darauf ein Prozessmaxim konstruieren will. Ein solcher Ausgangspunkt ist aber nicht geeignet, ein Fundament zur Lösung prozessualer Probleme geben zu können.

16) Köstlin, Schweglers Jahrbücher, 1845, S. 915

17) Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 41

18) Zachariä, a.a.O., S. 43

Demnach ist an dem oben herausgearbeiteten und von der herrschenden Meinung heute unbestritten anerkannten Begriff des Inquisitionsprozesses als einer Verbindung von Official- und Instruktionsmaximen festzuhalten.

2. Inhalt

Nachdem nunmehr die Begriffsmerkmale des Inquisitionsprozesses festgelegt sind, ist es nötig, die Aufgabe und Stellung der Personen zu erörtern, die bei dieser Prozessart auftreten.

Das am meisten auffallende Merkmal dieser Prozessart besteht darin, dass das erkennende Gericht gehalten ist, in eigener Person zu verhandeln, zu vernehmen, zu untersuchen und schliesslich das Urteil zu fällen. Damit hat ein und dasselbe Organ den gesamten Verfahrensablauf in der Hand.

Aus dieser Regelung ergibt sich naturnotwendig eine eigentümliche Stellung der sonst am Prozess beteiligten Personen: Wenn das Gericht unter anderem auch die Aufgabe hat, allein den zur Erlangung seiner Kenntnisse erforderlichen Stoff zu sammeln, dann kann das Auftreten anderer Personen nur die Bedeutung einer Unterstützung dieser gerichtlichen Tätigkeit darstellen 19). Goldschmidt a.a.O. hebt dabei insbesondere die für heutige Begriffe ungewöhnliche Stellung des Beschuldigten hervor. Er konnte bei dieser Konstellation keine andere Rolle spielen, als nur eine Quelle des Aufschlusses über zweifelhafte Tatsachen darzustellen. Da dem Beschuldigten daher nur die Position einer Auskunftsperson zukam, mussten an seine Aussage dieselben Anforderungen gestellt werden, wie an die Aussage eines unbeteiligten Dritten. Daher hatte der Beschuldigte die Pflicht nicht nur zur Aussage selbst, sondern auch zu einer wahrheitsgemässen Aussage. Dem Rechtsempfinden der Zeit, in der diese Prozessart herrschte, war es fremd, sich in die innere Lage des Beschuldigten zu versetzen und ihm, wie es heute der Fall ist, die Möglichkeit einzuräumen, sich so zu verteidigen, wie es ihm am besten zu sein scheint.

Damit hatte der Beschuldigte keine andere Position als die eines aussenstehenden Zeugen oder Sachverständigen. Er wurde geradezu "zum Objekt der gegen ihn geführten gerichtlichen Untersuchung" 20).

Weiter ist für diese Verfahrensart bezeichnend, dass eine Verurteilung den einwandfreien Nachweis der Schuld voraussetzte. Dieser konnte, wie aus Art. 67 PGO folgt, entweder durch die Aussage von zwei glaubhaften und guten Zeugen, oder falls diese versagten, durch ein Geständnis des Angeklagten (Art. 60 PGO) erbracht werden. Im Laufe der Entwicklung kam es dazu, dass dieses Geständnis zur "regina probationum" wurde, mit der zwangsläufigen Folge, dass auf die Erlangung desselben grösster Wert gelegt wurde und zwar mit der letzten Konsequenz

19) Goldschmidt, Kritiker der Strafprozessentwürfe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 41, S. 569 ff (S. 592)

20) v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 334

einer zwangsweisen Erzwingung 21). Daraus resultierte die wohl am meisten gefürchtete und bekannte Einrichtung des Inquisitionsprozesses, die Folter. Sie ist noch heute der erste Gedanke, den man mit dem Inquisitionsprozess verbindet. Erst dann folgen die sonstigen Besonderheiten dieser Verfahrensart: das geheime, schriftliche Verfahren, dem eine Trennung in Verfahrensabschnitte und Übertragung der Tätigkeit in den einzelnen Abschnitten auf verschiedene Organe wesensfremd war, und vornehmlich die Tatsache, dass in einer Person Staatsanwalt, Richter und Verteidiger vereinigt waren 22).

3. Kritik

Dieses nähere Eingehen auf den Inquisitionsprozess war erforderlich, um nunmehr herausstellen zu können, welche Probleme sich mit einer solchen Regelung verbinden.

Vor allem ist dies der oben B I 2 am Ende herausgestellte Gesichtspunkt, nämlich die Vereinigung der verfolgenden und richtenden Tätigkeit in der Person des erkennenden Richters. Die in diesem Zusammenhang auftauchenden Schwierigkeiten wurden bereits sehr früh erkannt. Der schon des öfteren zitierte Göttinger Universitätsprofessor Heinrich Zachariä widmete diesem Fragenkreis sein umfangreiches Werk: "Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, dargestellt auf der Basis einer consequenten Entwicklung des inquisitorischen und des accusatorischen Princips" 23).

Die Hauptgefahr, die diese Vereinigung mit sich bringt, ist darin zu sehen, dass der oben herausgearbeitete Zweck eines Prozesses 24) - Ermittlung der materiellen Wahrheit und ein auf Gerechtigkeitssuche beruhendes Urteil - unter diesen Voraussetzungen nicht erreicht werden kann.

Vergegenwärtigt man sich die Lage des Inquisitionsrichters, der auf der einen

21) vgl. dazu im einzelnen

Peters, Strafprozess, S. 51

Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 73 ff

22) v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, S. 543/544: "Der Richter ist im Inquisitionsprocesse als dreyfache Person zu betrachten, als Repräsentant des beleidigten Staats, indem er an dessen Statt die Rechte aus Strafgesetzen verfolgen muss; als Repräsentant des Angeschuldigten, indem er alles, was die Schuldlosigkeit oder die geringere Strafbarkeit desselben begründen kann, aufsuchen und darstellen soll, und endlich als Richter, in wie ferne er das Gegebene zu beurtheilen und zu entscheiden hat."

Kohlrausch, StPO, S. 8

23) vgl. dort insbesondere Kap. IV "Die Gebrechen des deutschen Criminal-Processes", S. 78 ff

24) vgl. oben A am Ende

Seite gehalten ist, den Strafanspruch des Staates und das öffentliche Interesse zu vertreten, der aber andererseits nicht einseitig dieses Ziel im Auge haben darf, sondern objektiv auch für den Beschuldigten eintreten soll, so muss man einräumen, dass darin eine Überforderung der Persönlichkeit liegt.

Eb. Schmidt 25) kennzeichnet erschöpfend diese Situation mit dem Satz: "Nur ein mit übermenschlichen Fähigkeiten ausgestatteter Richter könnte sich bei seiner Entscheidungsfunktion von den suggestiven Einflüssen seiner eigenen angreifenden und ermittelnden Tätigkeit fernhalten".

Daher sind berechtigte Zweifel angebracht, wie Eb. Schmidt weiter ausführt, ob bei dieser psychologischen Situation des Richters im Inquisitionsprozess die Erkenntnis der Wahrheit gewährleistet ist, die eine wirkliche innere Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit voraussetzen würde. Tatsächlich könnte diese Stellung des Richters in ihrer Vollendung doch nur dazu führen, ihn mehr und mehr zum blossen "Verfolgungsbeamten" zu machen 26).

Um diese durch die Entscheidungstätigkeit des Richters unbedingt erforderliche Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit zu erreichen, ist erforderlich, ihn von allen "Vor"urteilen freizuhalten, die sich durch seine, mit vielfachen Zwangsmassnahmen verbundene Angriffstätigkeit gegen den Beschuldigten nur zu leicht einstellen können 27).

Von diesem Standpunkt aus ist die insbesondere in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts laut gewordene Forderung zu verstehen, Mittel und Wege zu finden, den Richter von den obigen, seiner Unbefangenheit Schaden bringenden Aufgaben zu trennen 28), die dann in den zweiten Weg, die materielle Wahrheit zu finden, den Anklageprozess, einmündete.

Es erscheint aber auch geboten, darauf hinzuweisen, dass diese Reformbestrebungen den Inquisitionsprozess nicht schlechthin in Bausch und Bogen verwarfen. Vor allem wurde berücksichtigt, dass der Inquisitionsprozess in der Regel zu einer sehr sorgfältigen Ermittlung des Tatbestands des Delikts führte 29), und dass er ein rasches - allerdings oft zu ungehemmtes - Einschreiten gegen den Beschuldigten ermöglichte.

Die eigentliche, geschichtliche Bedeutung des Inquisitionsprozesses besteht darin, dass er die Verbrechensverfolgung als staatliche Aufgabe und damit als Recht und Pflicht der staatlichen Organe erkannte, und dass sich dieser Grundsatz der staatlichen Verbrechensverfolgung unter sehr langsamer Verdrängung des germanischen Rechtsdenkens und des auf ihm beruhenden Selbsthilferechts des Einzel-

25) Eb. Schmidt, StPO I, S. 147

26) v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 334

27) vgl. Eb. Schmidt, StPO I, S. 147

28) insbesondere Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, Kap. VI, Teil A, S. 224 ff

29) Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 181 ff

nen im Rechtsbewusstsein fest verankert hatte 30).

II. DER ANKLAGEPROZESS 31)

1. Konstruktion und Wesen

Wie oben 32) herausgestellt, ist das entscheidende Merkmal des Inquisitionsprozesses die Vereinigung von erkennendem Richter, Staatsanwalt und Verteidiger in einer Person. Im Gegensatz zu dieser Zusammenballung der im Prozess anstehenden Aufgaben in einem einzigen Organ versucht der Anklageprozess, eine Verteilung dieser Funktionen auf mehrere Personen zu erreichen.

Die Konstruktion des Anklageprozesses basiert darauf, dass der Staat, dem die Rolle des Klägers und des Richters von der Rechtsordnung übertragen ist, die Wahrnehmung dieser Verpflichtungen nicht ein und derselben Person überlässt, sondern auf zwei von einander unabhängige Organe verteilt. Daher steht beim Anklageprozess neben dem Amt des Richters als weitere staatliche Behörde die der Staatsanwaltschaft 33).

Begriffsnotwendige Folge der Einführung eines weiteren Prozessbeteiligten war eine Neuverteilung der prozessualen Funktionen zwischen Richter und Staatsanwalt. Der Staatsanwaltschaft wurde dabei die Aufgabe übertragen, durch selbständige, eigene Ermittlungstätigkeit den gesamten Sachverhalt bezüglich des aufgeworfenen Tatverdachts aufzuklären und hierüber Material zu sammeln.

Damit war es möglich geworden, das erkennende Gericht vom grössten Teil der angreifenden und ermittelnden Tätigkeit zu befreien. Das erkennende Gericht war dadurch in die Lage versetzt worden, seine Aufgabe ausschliesslich darin zu sehen, über die Stichhaltigkeit von Verdachtsmaterial zu befinden, das ohne sei-

30) vgl. Eb. Schmidt, StPO I, S. 149 ff

31) Auch hier würde es den Rahmen dieser Abhandlung sprengen, wenn man näher auf die geschichtliche Entwicklung dieser Prozessart einging. Daher seien nur einige Hinweise auf das einschlägige Schrifttum gegeben:

Carstens, Die Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland bis zur Gegenwart, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 229 hierzu Besprechung von Schickert, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1932, S. 634 f

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 56 ff

Floegel, Zur Geschichte der Staatsanwaltschaft in Deutschland, Deutsche Rechtszeitschrift, 1935, S. 166 ff

Kohlrausch, StPO, S. 8 ff

Mittermaier C.J.A., Das Deutsche Strafverfahren, S. 257 ff

Eb. Schmidt, Fiskalat und Strafprozess

32) B 2 am Ende

33) vgl. Kern, Strafverfahrensrecht, S. 44 ff

ne Mitwirkung von einem dritten Organ gesammelt worden war 34).

Es erscheint aber geboten, hervorzuheben, dass es auch nach dieser Aufgabentrennung im Rahmen der beiden Organen verbliebenen Funktionen ihre gemeinsame Aufgabe ist, die Wahrheit zu ermitteln und nur den wirklich Schuldigen zu bestrafen 35).

Eine weitere Folge der Einführung des Instituts der Staatsanwaltschaft ist die Änderung der Stellung des Angeklagten gegenüber der im Inquisitionsprozess. Während der Angeklagte dort blosses Objekt der richterlichen Untersuchung darstellte, wird er jetzt zum Subjekt des Prozesses. Graf zu Dohna 36) drückt dies treffend aus, wenn er sagt, dass nunmehr "dem Angeklagten ein Ankläger vor dem urteilenden Richter gegenübertritt".

Diese Funktionsverteilung allein macht aber den Anklageprozess nicht aus. Ebenso bedeutend ist das weitere Verhältnis von Gericht und Staatsanwalt unter dem Gesichtspunkt, dass das Gericht den Prozess erst in seine Hand nehmen darf, wenn es durch eine Anklage dazu aufgerufen wurde. Daher liegt dem Anklageprozess der bezeichnende Satz zugrunde: "Wo kein Kläger, dort kein Richter" - *nemo iudex sine actore*.

Das oben bei der Kritik zum Inquisitionsprozess 37) als Errungenschaft dieser Prozessart hervorgehobene Merkmal des Officialbetriebs ist im Anklageprozess dadurch verwirklicht, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, von Amts wegen zur Ermittlung und Verfolgung tätig zu werden.

2. Kritik

Die Frage Baders 38), ob die Staatsanwaltschaft dafür geschaffen ist, den Richter von der gerechtem Richten gefährlichen Aufgabe der inquisitio, der Aufklärung, Ermittlung und Verfolgung von Spuren des Verbrechens zu befreien, dem Richter den Prozesstoff in geläuterter Form vorzutragen, ist mit einem klaren Ja zu beantworten.

Gerade hier liegt der Fortschritt den der Anklageprozess gegenüber dem Inquisitionsprozess brachte, nämlich, dass es zum ersten Male gelang, den erkennen-den Richter zumindest grundsätzlich von der Hauptlast der Ermittlungen und Verfolgung zu befreien und ihn fast nur mit der erkennenden Tätigkeit zu beschäftigen. Der Vorteil dieser Verfahrensart ist darin zu sehen, dass die oben in den Vordergrund der Kritik gestellte Gefahr für die richterliche Unabhängigkeit aus der

34) vgl. Eb. Schmidt, StPO I, S. 147

35) vgl. Töwe, Staatsanwaltschaft und Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff (S. 20/21)

36) Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 7

37) B I 3

38) Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Rechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff (S. 738)

Vereinigung von verfolgenden und richtenden Tätigkeit nicht mehr in diesem Ausmass besteht. Der Richter ist vielmehr in der Lage, mit wesentlich weniger "Vorurteilen den Fall zu entscheiden als bisher. Dieser Fortschritt bringt uns der Lösung der Problematik eines Prozesses, den Schuldigen zu verurteilen, den Unschuldigen freizusprechen, einen grossen Schritt näher.

C) DIE LÖSUNG DIESER FRAGE IM GELTENDEN STRAFPROZESSRECHT

Nach dieser Darstellung des Inquisitions- und Anklageprozesses als den Wegen auf denen der Zweck des Prozesses, die Erforschung der materiellen Wahrheit und ein auf Gerechtigkeitssuche fussendes Urteil erreicht werden kann, fragt es sich, wie diese beiden Prozessarten im geltenden Strafprozessrecht ihren Niederschlag gefunden haben.

Unsere Strafprozessordnung aus dem Jahre 1877 basiert auf dem Anklageprinzip. Dies bedeutet, wie wir oben gesehen haben, ein Doppeltes:

Zunächst ist die Staatsanwaltschaft kraft Gesetzes verpflichtet bei jedem Auftauchen des Verdachts einer strafbaren Handlung alles zu unternehmen, was einer Aufklärung des Verbrechens dienlich ist (§ 160 Abs. I StPO). Es wäre aber verfehlt, deshalb anzunehmen, dass die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft nur darauf abzielt, Belastungsmaterial zu sammeln. Da es der Staatsanwaltschaft, wie Henkel zutreffend ausführt 39), "um Wahrheits- und Rechtsfindung im Verfahren geht", muss bereits im Stadium der Aufklärung der Grundgedanke beachtet werden, dass nicht nur vorhandene Verbrechensschuld an das Licht zu bringen, sondern ebenso Nichtschuld bzw. geringere Schuld zu erweisen sind. Das Gesetz bestimmt dies auch ausdrücklich in § 160 Abs. II StPO, wonach die Staatsanwaltschaft nicht nur die zur Belastung, sondern auch die zur Entlastung dienenden Umstände zu ermitteln hat.

Das zweite Charakteristikum des Anklageprozesses, dass nämlich das Gericht nie von sich aus vorgehen darf - "wo kein Kläger, dort kein Richter" -, ist in den §§ 151, 170 Abs. I StPO verankert. Weder der Ermittlungsrichter, dessen Stellung unten eingehend zu erörtern ist, noch das erkennende Gericht haben die Möglichkeit tätig zu werden, ehe sie nicht von der Anklagebehörde dazu aufgerufen wurden.

Damit liegt unserem Strafverfahren, wie es auch unstreitig ist 40), der An-

39) Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 203

40) Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 59

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 205

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 45

Kohlrausch, StPO, S. 9

Peters, Strafprozess, S. 128

klageprozess zugrunde. Auch die Vorschrift des § 165 StPO macht davon nur eine "scheinbare" Ausnahme, wie Kern 41) richtig sagt, da nur bei besonders gelagerten Ausnahmefällen der Amtsrichter als "Notstaatsanwalt" tätig wird und die weitere Behandlung des Falls nach § 167 StPO der Staatsanwaltschaft obliegt.

Auch wenn nunmehr der Eindruck entstanden ist, dass in der StPO lückenlos der Anklageprozess durchgeführt sei, ist es ein Trugschluss, annehmen zu wollen, dass in unserem Strafverfahren alle Überbleibsel des Inquisitionsprozesses ausgemerzt werden konnten.

Wir werden sehen, dass es auch jetzt noch Stellen gibt, wo die ermittelnde und die richtende Tätigkeit sich in der Hand einer einzigen Person befindet. Dort liegt aber, wie oben festgestellt wurde 42), gerade der "Kardinalfehler" des Inquisitionsprozesses.

D) DIE INQUISITORISCHEN ELEMENTE IM GELTENDEN STRAFPROZESSRECHT

Wir haben gesehen 43), dass man überall dort vom Inquisitionsgrundsatz sprechen kann, wo sich die beiden Prinzipien Offizial- und Instruktionsmaximen vereinigen, also, wo die erkennende Institution von Amts wegen den Prozess führt und die materielle Wahrheit erforscht.

Jedes Strafverfahren zerfällt nach der StPO in drei Abschnitte 44): in das Vorverfahren, das seinerseits eingeteilt werden kann in das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren (§§ 158 - 171 StPO) und in die gerichtliche Voruntersuchung (§§ 178 - 197 StPO), die je nach Lage des Falles - vgl. § 178 StPO - obligatorisch oder fakultativ sein kann, in das sogen. Zwischenverfahren (§§ 198 - 211 StPO) und in das Hauptverfahren (§§ 213 ff StPO).

I. DAS VORVERFAHREN

1. Das Ermittlungsverfahren 45)

Den ersten Abschnitt eines jeden Strafverfahrens bildet das sogenannte Ermittlungsverfahren oder, wie es in der StPO heisst, die "Vorbereitung der öffentlichen Klage".

41) Kern, Strafverfahrensrecht, S. 45

42) vgl. B I 3

43) vgl. B I 1

44) vgl. dazu im einzelnen

Peters, Strafprozess, S. 418

45) vgl. Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 335 ff

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 135 ff

Peters, Strafprozess, S. 421 ff

a) Aufgabe des Ermittlungsverfahrens

Die Aufgaben, die das Ermittlungsverfahren zu lösen hat, sind mehrere. Es dient in erster Linie der Klärung des aufgeworfenen Verdachts. Daraus ergibt sich, dass diese Tätigkeit einmal dazu führen kann, die Grundlosigkeit erhobener Anschuldigungen zu erkennen und damit nutzlose richterliche Tätigkeit zu vermeiden oder aber im Falle einer Stichhaltigkeit der Verdachtsmomente Beweismaterial zu ermitteln und zu sammeln.

Die weitere Aufgabe des Ermittlungsverfahrens, die Sicherung des richterlichen Erkenntnisverfahrens (§ 160 Abs. II a.E. StPO), ist lediglich der Vollständigkeit halber zu erwähnen, gehört aber im übrigen nicht in diesen Rahmen.

b) Durchführung dieser Aufgabe

Die verantwortliche Leitung des Ermittlungsverfahrens liegt ausschliesslich in der Hand der Staatsanwaltschaft. "Sobald die Staatsanwaltschaft von dem Verdacht einer strafbaren Handlung Kenntnis erhält hat sie den Sachverhalt zu erforschen": § 160 Abs. I StPO. Daraus folgt, dass die Staatsanwaltschaft in diesem Abschnitt die dominierende Rolle spielt. Sie kann mit Recht in diesem Stadium als der "dominus litis" bezeichnet werden.

c) Würdigung

Aus dieser Aufgabenverteilung im Ermittlungsverfahren wird ersichtlich, dass das erkennende Gericht in diesem Teil des Verfahrens nicht in Erscheinung tritt. Da der Staatsanwaltschaft nur eine ermittelnde und keine richtende Tätigkeit zukommt, was keiner näheren Erörterung bedarf, weist dieser Verfahrensabschnitt eine klare Trennung von verfolgender und richtender Tätigkeit auf, so dass hier kein Relikt des Inquisitionsprozesses zu erkennen ist.

Auf ein anderes, hochinteressantes Problem des Ermittlungsverfahrens, ob nämlich der Staatsanwalt mit seiner Verpflichtung auf die materielle Wahrheit und Überparteilichkeit (vgl. § 160 Abs. II StPO) nicht auf die gleiche Weise psychologisch überfordert würde, wie seinerzeit der Richter des Inquisitionsprozesses, kann in diesem Zusammenhang nur hingewiesen, nicht aber im einzelnen erörtert werden 46).

46) Eine Erörterung dieser Fragen findet sich bei

Eb. Schmidt, Die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1951, S. 1 ff (S. 3)

StPO I, S. 152

2. Die gerichtliche Voruntersuchung 47)

a) Inhalt und Zweck

An das Ermittlungsverfahren, das ausschliesslich in den Händen der Staatsanwaltschaft liegt, schliesst sich, entweder obligatorisch oder fakultativ, die gerichtliche Voruntersuchung an. Wie bereits ihr Name erkennen lässt, wird jetzt nicht der Staatsanwalt, sondern ein unabhängiger Richter tätig. v. Kries 48) führt zutreffend aus, dass sich die gerichtliche Voruntersuchung vom Ermittlungsverfahren nur durch den Namen und die staatsrechtliche Stellung des leitenden Beamten unterscheidet. Die Führung der Ermittlungen geht ganz aus der Hand des Staatsanwalts in die des sogen. "Untersuchungsrichters" über.

Damit ist bereits angedeutet, dass Aufgabe und Zweck der gerichtlichen Voruntersuchung eigentlich dieselben sind wie die des Ermittlungsverfahrens. Die Voruntersuchung, deren Gegenstand die in der Anklage bezeichnete Tat des Beschuldigten (§§ 155 Abs. I, 179 StPO) bildet, dient der Sammlung von Beweismaterial gegenüber einer bestimmten Person durch ein richterliches Organ. Sie ist somit mit der *inquisitio specialis in certam personam* des Inquisitionsprozesses identisch 49). Im Gegensatz zum Ermittlungsverfahren ist hier die Richtung der zu führenden Untersuchung festgelegt: gegen eine bestimmte Person auf Grund einer bestimmten Tat 50).

Der Gesetzgeber umgrenzt die Aufgabe der gerichtlichen Voruntersuchung in § 190 StPO. Nach dem dortigen Abs. II sollen alle Beweise aufgenommen werden, deren Verlust zu besorgen steht oder deren Erhebung im Interesse der Verteidigung erforderlich erscheint. Insbesondere verfolgt die gerichtliche Voruntersuchung den Zweck, eine Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob der Angeschuldigte ausser Verfolgung zu setzen (§ 190 Abs. I StPO), oder das Hauptverfahren zu eröffnen ist.

b) Würdigung

Diese Aufgliederung des Vorverfahrens in zwei Abschnitte und das auf den ersten Blick überraschende Auftreten eines Richters bei der Stoffsammlung hat im

47) zur Literatur vgl. u. a.

Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 357 ff

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 143 ff

Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 314 ff

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 344 ff

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 485 ff

48) v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, S. 462

49) vgl. Kern, Strafverfahrensrecht, S. 147

50) vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, Vorbemerkung zu § 178, Anm. 1

Laufe der Geschichte des geltenden Strafverfahrensrechts tiefgreifende Wandlungen erfahren. Es würde aber den Rahmen dieser Untersuchungen sprengen, würde man hierauf näher eingehen 51).

Der innere Grund für diese mannigfachen Änderungen, insbesondere in der Zeit des Dritten Reiches, lag in der heftigen Kritik an der als unnötig und unökonomisch bezeichneten Aufteilung der Ermittlungen zwischen Staatsanwalt und Richter. Es gehört aber nicht hierher, auf die Zweckmässigkeit sowie auf die sonstigen Vor- und Nachteile dieser Regelung im einzelnen einzugehen 52). Hier interessiert allein die Frage, ob die Mitwirkung eines Richters im Rahmen der Ermittlungen nicht die Gefahr in sich birgt, dass die spätere Urteilsfindung von Vorurteilen beeinflusst wird, die sich nachteilig auf die zur Richterentscheidung unabdingbar notwendige Objektivität auswirken.

Betrachtet man nämlich die Stellung des Untersuchungsrichters, so glaubt man zunächst, dass hier eines der Hauptübel des Inquisitionsprozesses fortleben würde: die Ausübung von verfolgender Tätigkeit durch einen Richter. Bei näherem Hinsehen liegt aber nur ein scheinbares Relikt des Inquisitionsprozesses vor uns. Das Charakteristikum dieser Prozessart lag, wie wir oben 53) gesehen haben, in der Vereinigung von verfolgender und richtender Tätigkeit. Daher würden die oben dargelegten Bedenken 54) bei der gerichtlichen Voruntersuchung nur durchgreifen, wenn der Untersuchungsrichter gleichzeitig auch ein erkennender Richter wäre.

Für das Vorverfahren entfallen solche Bedenken schon aus dem Grunde, weil es nicht auf die Überführung des Beschuldigten, sondern nur auf die Gewinnung des für die Klageerhebung notwendigen Tatverdachts abzielt. Eb. Schmidt 55)

51) Es seien daher nur einige Hinweise auf die einschlägige Literatur gegeben:

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 344 ff

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 147

Peters, Strafprozess, S. 354

52) Vom umfangreichen Schrifttum zur Problematik der gerichtlichen Voruntersuchung sind u. a. besonders zu erwähnen:

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 149 ff; in der dortigen Fussnote 22) findet sich eine grosse Anzahl aufschlussreicher Literaturhinweise

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 344

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 149

v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, S. 487

Peters, Strafprozess, S. 354 ff

Weiter sei auf die oben in Fussnote 46) angegebene Literatur verwiesen. Gerade die dort angeklungenen Fragen führten letzten Endes zur Einführung der gerichtlichen Voruntersuchung im Jahre 1877 und ihrer Wiedereinführung nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches.

53) B I 2 am Ende

54) B I 3

55) Eb. Schmidt, StPO I, S. 148

hebt zutreffend hervor, dass dieser Verfahrensabschnitt nicht zu einer gerichtlichen Entscheidung über Schuld oder Unschuld des Beschuldigten führt, sondern der Sache nach ein in die Hand des Untersuchungsrichters übergegangenes Ermittlungsverfahren darstellt, dessen Ziel, genauso wie beim staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren, die Klärung der Frage ist, ob die erhobenen Verdachtsmomente so stichhaltig sind, dass der Fall einem erkennenden Gericht vorgelegt werden kann. Es fehlt somit an einer erkennenden Tätigkeit des Untersuchungsrichters in der gerichtlichen Voruntersuchung.

Um jedoch dieser Ausgestaltung der gerichtlichen Voruntersuchung vom Standpunkt der hier anstehenden Betrachtungen ohne Einschränkungen zustimmen zu können, ist es weiter nötig, das Verhältnis des Untersuchungsrichters zum erkennenden Richter der Hauptverhandlung zu untersuchen. Würde nämlich der Untersuchungsrichter auch die Aufgabe des erkennenden Richters in der Hauptverhandlung wahrnehmen können, dann läge der Kardinalfehler des Inquisitionsprozesses vor uns: die Vereinigung von ermittelnder und erkennender Tätigkeit in einer Person.

Der Gesetzgeber der Strafprozessordnung erkannte schon im Zeitpunkt des Erlasses dieses Gesetzes die Gefahr 56), dass das Amt eines Untersuchungsrichters diesen für die Hauptverhandlung gegen den Angeklagten voreingenommen machen würde, und dass der Untersuchungsrichter, wenn man ihm eine Stellung im erkennenden Gericht zubilligen würde, als bester Kenner des Tatsachenstoffs einen überwiegenden Einfluss auf die Entscheidung hätte, der in der Regel mehr zu Ungunsten als zu Gunsten des Angeklagten ausfiele.

Um dieser Gefahr für ein objektives und unvoreingenommenes Urteil zu begegnen, verbot der Gesetzgeber in § 23 Abs. II StPO ausdrücklich, dass der Untersuchungsrichter in den Sachen, in denen er die Untersuchung geführt hat, Mitglied des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung ist.

Da wir somit gesehen haben, dass dem Untersuchungsrichter jede erkennende Tätigkeit und jede Mitwirkung an der Urteilsfindung verwehrt ist, kann hier der gegenwärtigen Gestaltung der gerichtlichen Voruntersuchung ohne Einschränkungen zugestimmt werden 57).

56) vgl. Kohlrausch, StPO, S. 110/111

57) so insbesondere auch

Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, S. 299

Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung 1959, S. 16 ff (S. 19)

StPO I, S. 148

II. DAS ZWISCHENVERFAHREN

An das Vorverfahren schliesst sich das sogen. "Zwischenverfahren" an. In diesem Zusammenhang braucht nicht auf die umstrittene Frage eingegangen zu werden, ob die Voruntersuchung beendet ist, wenn der Staatsanwalt den Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens nach § 198 Abs. II Satz 2 StPO stellt 58), oder bereits dann, wenn der Untersuchungsrichter den Zweck der Voruntersuchung für erreicht hält und die Akten an die Staatsanwaltschaft zur Stellung ihrer Anträge nach § 197 Abs. I StPO 59) übersendet.

1. Begriff

Der Ausdruck "Zwischenverfahren" wird vom Gesetz selbst nicht verwendet. Diese Bezeichnung setzte sich jedoch in jahrzehntelanger Übung in Wissenschaft und Praxis durch.

Man versteht darunter jenen Abschnitt des Strafverfahrens, der zwischen dem Eingang der Anklageschrift bei Gericht (§ 198 Abs. II StPO) und der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens liegt. In den Fällen, in denen keine Voruntersuchung stattfand, beginnt das Zwischenverfahren mit der Einreichung der Anklageschrift gemäss § 170 Abs. I StPO.

Diese Festlegung des Zwischenverfahrens als eines selbständigen Verfahrensabschnitts zwischen Vorverfahren und Hauptverfahren ist heute allgemein anerkannt 60).

58) so RGSt 33, 201 ff

Kohlrausch, StPO, S. 222/223

59) so Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 148

Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 324/325

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 494

60) Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 148

Gerland, Der deutsche Strafprozess, S. 326

Kem, Strafverfahrensrecht, S. 150

Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Vorbemerkungen zu § 198, Anm. 1

Peters, Strafprozess, S. 433

a. A. v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 497, der das Zwischenverfahren als letzten Teil des Vorverfahrens ansieht, und

Löwe-Rosenberg, StPO, Vorbemerkung zu § 158, Anm. 1, wonach es für die Einordnung darauf ankommen soll, ob eine gerichtliche Voruntersuchung stattfand, oder ob die Klage gemäss § 199 StPO unmittelbar erhoben wurde. Diese Streitfrage über die systematische Stellung des Zwischenverfahrens hat theoretische, aber keine praktische Bedeutung und berührt im übrigen in keiner Weise die eigentliche Problematik des Zwischenverfahrens.

2. Inhalt und Bedeutung

Der Inhalt des Zwischenverfahrens besteht darin, dass das erkennende Gericht an Hand der ihm vorgelegten Akten des Vorverfahrens durch Beschluss darüber entscheidet, ob es zur Eröffnung des Hauptverfahrens kommt oder nicht. Man unterscheidet demgemäss den sogen. positiven und negativen Eröffnungsbeschluss.

Ersterer wird nach § 203 StPO dann erlassen, wenn nach den Ergebnissen der Voruntersuchung oder, falls eine solche nicht stattgefunden hat, nach den Ergebnissen des Ermittlungsverfahrens "hinreichender Tatverdacht" besteht.

Dieser Begriff des "hinreichenden Tatverdachts" ist im Grunde genommen heute endgültig geklärt. Er liegt 61) dann vor, wenn in tatsächlicher Hinsicht die Feststellung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Tat in der Hauptverhandlung mindestens wahrscheinlich und seine Verurteilung auf Grund der zu erwartenden tatsächlichen Feststellungen in rechtlicher Hinsicht gerechtfertigt ist, d. h. mit anderen Worten, dass der positive Eröffnungsbeschluss nur dann erlassen wird, wenn eine Verurteilung mit Sicherheit zu erwarten ist.

Gelangt aber das Gericht auf Grund der Aktenlage zu der Erkenntnis, dass eine solche Verurteilung kaum in Frage kommen wird, weil der Tatverdacht weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht genügend erhärtet ist, so lehnt es die Eröffnung des Hauptverfahrens ab; § 204 StPO. Diesen Gerichtsbeschluss bezeichnet man dann als den sogen. negativen Eröffnungsbeschluss.

Die Bedeutung des positiven Eröffnungsbeschlusses ist vor allem die, dass er die Grundlage des weiteren Verfahrens bildet 62). Er ist Prozessvoraussetzung für das gesamte Hauptverfahren, einschliesslich des Urteils. Fehlt der Eröffnungsbeschluss, muss das Verfahren eingestellt werden. Ergeht trotzdem ein Urteil, so kann diese Rechtsverletzung in der Revision zur Aufhebung desselben führen.

Die weitere Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses liegt darin, dass die Staatsanwaltschaft nach dem in § 156 StPO verankerten Immutabilitätsprinzip ihre Klage nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses nicht mehr zurücknehmen kann.

61) v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 501

Peters, Strafprozess, S. 361

und inhaltlich, wenn auch nicht wörtlich übereinstimmend die Definitionen bei Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 363, Fussnote 4)

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 155

62) vgl. Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 158

Peters, Strafprozessrecht, S. 362

3. Kritik

Angesichts dieser erheblichen Tragweite nimmt es nicht wunder, dass das Für und Wider des Zwischenverfahrens Gegenstand zahlreicher Erörterungen ist 63).

Eine nähere Untersuchung des Zwischenverfahrens ergibt, dass sich in ihm, wenn auch versteckt, ein Überbleibsel des Inquisitionsprozesses verbirgt.

Erlässt das erkennende Gericht den Eröffnungsbeschluss, so hat es praktisch schon einen Schritt zur Verurteilung des Angeklagten getan. Er wurde einer strafbaren Handlung für "hinreichend" verdächtig erklärt. Diesen Beschluss fasste das erkennende Gericht, nachdem es sich von Amts wegen über die Sachlage instruiert hatte. Das Ergebnis dieser gerichtlichen Ermittlungstätigkeit über die aufgetauchten Verdachtsgründe anhand des vorgelegten Aktenmaterials des Vorverfahrens war dann die Überzeugung, dass die erhobene Klage stichhaltig sei. Diese Auffassung fand im Eröffnungsbeschluss ihren Niederschlag, der, wie wir oben 64) gesehen haben, Prozessvoraussetzung für das Hauptverfahren und damit für das Urteil ist.

Der Eröffnungsbeschluss ist sonach der Endpunkt ermittelnder Tätigkeit, vorgenommen vom erkennenden Gericht. Die Bedenken gegen eine solche Vereinigung von ermittelnder und erkennender Tätigkeit wurden grundsätzlich schon an anderer Stelle dargelegt 65). Für den Eröffnungsbeschluss ist aber besonders hervorzuheben, dass er die Gefahr einer zu einseitigen Einstellung zu Ungunsten des Angeklagten in sich birgt. Bevor überhaupt eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat und sich der Richter ein Bild von der Gegenseite, dem Angeklagten und seinem Verteidiger, machen konnte, ist der Beschuldigte bereits mit einer gerichtlich ausgesprochenen Abstempelung des Tatverdachts belastet.

Die notwendige Folge des Erlasses des Eröffnungsbeschlusses durch das Gericht muss in jedem Falle die sein, dass die innere Einstellung des Richters mehr dahintendierte, den Angeklagten zu verurteilen, als ihn freizusprechen. Es bedarf aber dann keiner weiteren Hervorhebung mehr, dass hier eine erhebliche Gefahr für ein unvoreingenommenes, objektives Urteil besteht. Das gilt nicht so sehr für die Berufsrichter, die auf Grund ihrer langjährigen Praxis mit der gebotenen Nüchternheit einen Fall betrachten können, als vielmehr für die in unserem Strafverfahren in so

63) Grundsätzliche Stellungnahmen, ohne auf Einzelheiten einzugehen, vor allem bei

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 156 ff

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 363

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 504 ff

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 152

Peters, Strafprozessrecht, S. 364

64) D II 2

65) B I 3

starkem Masse vertretenen Laienrichter, worauf Eb. Schmidt 66) hinweist. Von besonderer Bedeutung ist dies für die Spruchbehörden, bei denen das Laienelement bei der Abstimmung überwiegt, wie beim Schwurgericht, der Kleinen Strafkammer und dem Schöffengericht.

Den dort richtenden Laien erscheint es in der Regel inkonsequent, eine Person zuerst als hinreichend tatverdächtig zu bezeichnen, um diese später dann etwa ganz von Schuld freizusprechen. Dies gilt trotz der Tatsache, dass nicht die Laienrichter den Eröffnungsbeschluss erlassen haben, sondern der Vorsitzende des Gerichts. Sie fühlen sich nämlich als Teil des Gerichts und identifizieren sich mit allen Entscheidungen desselben, auch wenn sie diese nicht persönlich getroffen haben. Daher glauben sie, dass ihnen eine Abstandnahme von einer solchen Entscheidung, wie dem Eröffnungsbeschluss, in den Augen der Öffentlichkeit den unerträglichen Vorwurf der Unfähigkeit und mangelnder Beherrschung des Falles eintragen müsse. Um sich diesen Vorwurf zu ersparen, werden sie von vornherein bemüht sein, das Verfahren im Sinne des Eröffnungsbeschlusses, d.h. in einem für den Angeklagten negativen Sinn, zu beeinflussen.

Der Eröffnungsbeschluss kann daher in seiner gegenwärtigen Form unter dem Gesichtspunkt des hier in Betracht kommenden Problemkreises nicht als Ideallösung angesehen werden.

III. DAS HAUPTVERFAHREN

1. Aktenkenntnis

Wenn die Staatsanwaltschaft das Vorverfahren beendet hat, übersendet sie dem Gericht neben der Anklageschrift auch das gesamte, bisher gesammelte Aktenmaterial (vgl. §§ 198 Abs. II Satz 1, 199 Abs. II Satz 2 StPO). Über die Verwendung dieser Akten durch das erkennende Gericht spricht sich das Gesetz selbst nur indirekt aus.

Aus § 203 StPO ergibt sich, dass die Grundlage des Eröffnungsbeschlusses die dem Gericht übersandten Akten bilden. Weiter regelt das Gesetz noch die Zulässigkeit der Aktenverwendung im Rahmen der Beweisaufnahme in § 249 und in den §§ 251 - 256 StPO. Im übrigen äussert sich aber die Strafprozessordnung dazu nicht mehr. Insbesondere fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zu der Frage, in welchem Umfang sich das Gericht ansonsten über den Akteninhalt informieren kann. Eine Antwort darauf kann dem schon oben zitierten § 203 StPO entnommen werden, durch den der Richter gleichsam gezwungen wird, vom gesamten Akteninhalt des Vorverfahrens Notiz zu nehmen. Aus dieser Einstellung der Strafprozessordnung und aus den dem erkennenden Richter sonst noch auferlegten Pflichten - über die unten noch näher die Rede sein wird - ist zu schliessen, wie es auch

66) Eb. Schmidt, Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff (S. 19)

das Reichsgericht 67) hervorhob, dass "es als dem Willen des Gesetzes nicht zuwiderlaufend angesehen werden kann, wenn ein zur Mitwirkung bei der Hauptverhandlung berufener Richter sich vor dieser über den Akteninhalt unterrichtet".

Daher muss man davon ausgehen, dass sich praktisch jeder erkennende Richter eine erschöpfende Kenntnis des Akteninhalts vor Beginn der Hauptverhandlung verschafft hat. Für die Laienrichter kommt dagegen ein vorheriges Aktenstudium schon aus praktischen Gründen nicht in Frage 68). Allerdings ist auch für sie die Möglichkeit einer negativen Beeinflussung zu Ungunsten des Angeklagten nicht völlig auszuschliessen, da der Vorsitzende des Gerichts die Laienmitglieder seiner Spruchbehörde in der Regel vor der Hauptverhandlung über den Inhalt des zu entscheidenden Falls unterrichten wird, wozu er als Grundlage aber nur seine Kenntnis der Akten verwenden kann.

Die eigentliche Problematik des mit der Aktenkenntnis des erkennenden Gerichts verbundenen Fragenkreises scheint auf den ersten Blick die zu sein, ob nicht hierin ein Verstoß gegen die Grundsätze der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung liegt, die zu den Prinzipien zählen, die unser Strafverfahren beherrschen 69), was auch in diesem Rahmen kurz angedeutet sei.

Über den Inhalt dieser Prinzipien besteht keine einhellige Ansicht, weil das Verhältnis der beiden Grundsätze in der Regel zu wenig beachtet wird. Mit Eb. Schmidt 70) ist davon auszugehen, dass beide Begriffe nicht identisch sind, wie vielfach angenommen wird, sondern dass zwischen ihnen lediglich ein sehr enger innerer Zusammenhang besteht 71).

Von diesem Ausgangspunkt her lässt sich der Begriff der Mündlichkeit dahin festlegen, dass Urteilsgrundlage nur der mündlich vorgetragene Prozessstoff sein darf, der dem Gericht zu Gehör gebracht wurde 72). Der Grundsatz der Unmittelbarkeit dagegen hat das Verhältnis des Gerichts zu den angebotenen Beweismitteln zum Inhalt. Diese müssen dem erkennenden Gericht "unmittelbar" vorgelegt bzw.

67) RGSt 40, 156/157

68) vgl. RGSt 32, 318 ff (S. 319), 53, 176 ff (S. 178);
vor allem RGSt 69, 120 ff (S. 123/124)

69) Über die gesetzlichen Grundlagen dieser Prinzipien vergleiche z.B.
Kern, Strafverfahrensrecht, S. 60

Rosenfeld, Deutsches Strafprozessrecht, S. 25

Eb. Schmidt, StPO I, S. 186 ff

70) Eb. Schmidt, StPO I, S. 184 ff

71) So insbesondere auch

Löwe-Rosenberg, StPO, Einleitung, § 13

v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, S. 347

Kohlrausch, StPO, S. 254

72) Kern, Strafverfahrensrecht, S. 59

Peters, Strafprozessrecht, S. 446

Eb. Schmidt, StPO I, S. 186

vorgetragen werden 73).

Es fragt sich weiterhin, wie der Richter die ihm vom Gesetz erlaubte Kenntnis der Akten verwerten kann und wie er die ihm vorliegenden Akten benutzen darf, ohne dass ihm ein Verstoß gegen diese Prinzipien zur Last gelegt werden kann, der als Rechtsverletzung gerügt und in der Revision vielleicht sogar zur Aufhebung des Urteils führen könnte. Dieser Fragenkreis kann aber hier nur erwähnt, nicht jedoch im einzelnen erörtert werden 74).

Die Bedenken, die unter dem Blickwinkel der hier angestellten Untersuchungen auftauchen, betreffen vor allem die Frage, ob die Beschäftigung des Gerichts mit den Akten des Vorverfahrens, was als eine ermittelnde Tätigkeit angesprochen werden muss, nicht eine Gefahr für die richterliche Objektivität bei der Urteilsfällung darstellt.

Dohna 75) hebt zutreffend hervor, dass sich der Richter die Methode seines Vorgehens in der Hauptverhandlung bereits aus dem dieser vorangegangenen Studium der Akten zurechtgelegt und sich schon damit vor Beginn derselben ein fertiges und abgerundetes Bild von dem Fall gemacht hat. Dadurch wird es dem Richter ausserordentlich erschwert, als unparteiischer Schiedsrichter aufzutreten. Es besteht, mit Eb. Schmidt gesprochen 76), die Gefahr, dass aus der Aktenkenntnis Vorurteile entstehen, die die nachfolgende Sachentscheidung ungünstig beeinflussen.

Daher ist diese Belastung des Richters mit den Ergebnissen der Ermittlungen, wie sie ihm durch die Akten zugetragen wird, im Hinblick auf seine ausschliesslich rechtsprechende Stellung nicht unbedenklich.

73) Zur gesamten Problematik dieses Fragenkreises, dessen Einzelheiten nicht hierher gehören, vgl.

Eb. Schmidt, StPO I, S. 186 ff und die dort in den Fussnoten 159, 161, 162 gegebenen Schrifttumshinweise

74) vgl. hierzu Eb. Schmidt, StPO I, S. 190 ff

75) Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 58

76) Eb. Schmidt, Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaalichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff (S. 20) ebenso auch

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 198)

2. Leitung der Verhandlung, Sachleitung

a) Begriff und gesetzliche Regelung

Schon die oben gewählte Überschrift (Leitung der Verhandlung, Sachleitung) berechtigt zu der Frage, ob nicht diese beiden Formulierungen ein und denselben Begriff zum Inhalt haben.

Das Gesetz spricht in § 238 Abs. I StPO von der "Leitung der Verhandlung" und in § 238 Abs. II StPO von der "Sachleitung". Eine eindeutige gesetzliche Klarstellung dieser Begriffe fehlt. Dies gilt bereits für den der Verhandlungsleitung in Abs. I, da die Ausdrücke "Vernehmung des Angeklagten", "und die Aufnahme des Beweises" nicht als beispielhafte Erläuterung zum Begriff "Verhandlungsleitung" anzusehen sind. Sie normieren vielmehr eine weitere, selbständige gesetzliche Pflicht für das Gericht. Beim Abs. II taucht eine solche Frage schon aus dem Grunde nicht auf, weil dort schlechthin nur von der "Sachleitung" gesprochen wird, ohne dass eine weitere Äusserung des Gesetzgebers hierzu vorliegt.

Es zählt daher zu den in Literatur und Rechtsprechung besonders umstrittenen Fragen, welche gerichtlichen Massnahmen unter den Begriff der "Verhandlungsleitung" und welche unter den der "Sachleitung" fallen 77). Den Anlass zu dieser Streitfrage bildet der Umstand, dass nach § 238 Abs. II StPO die der "Sachleitung" betreffenden Anordnungen des Vorsitzenden einer Beanstandung unterliegen, während die der "Leitung der Verhandlung" dienenden Massnahmen keinem solchen Rügerecht unterworfen sind. Der Kern der Streitfrage besteht demgemäss darin, ob die in Abs. I ausdrücklich genannte, dem Vorsitzenden obliegende Vernehmung des Angeklagten und die Beweisaufnahme zur "Verhandlungs-" oder zur "Sachleitung" gehören, wovon die Zulässigkeit einer Rüge abhängig ist. Die dafür gefundenen Lösungen sind ausserordentlich vielgestaltig 78).

77) Zwar bietet diese Streitfrage keine unmittelbaren Erkenntnisse für die hier zu behandelnden Probleme. Eine kurze Erwähnung ist aber trotzdem geboten, weil sie die anstehende Begriffsbestimmung erleichtert.

78) Die eine Meinung behauptet, von den verschiedenen gesetzlichen Formulierungen in Abs. I und II ausgehend, einen inhaltlichen Unterschied von Verhandlungs- und Sachleitung. Sie unterscheidet folgerichtig die "formelle Leitung", das ist die äussere Gestaltung der Verhandlung. Dazu zählt z.B. die Eröffnung und Schliessung der Sitzung, kürzere Unterbrechungen der Verhandlung (§ 238 Abs. I Satz 2 StPO), Festhalten des Angeklagten (§ 231 Abs. I StPO), Genehmigung der Entfernung von Zeugen (§ 248 StPO). Da dies alles unter den Begriff der Verhandlungsleitung fällt, soll es nicht dem Rügerecht nach Abs. II unterliegen. Den Gegensatz zur "formellen Leitung" bildet die "sachliche" und "materielle" Leitung. Darunter fallen diejenigen Handlungen, die der Sachgestaltung unmittelbar dienen.

Hier kommt es aber nur darauf an, dass aus diesen Ausführungen ersichtlich wird, dass die Tätigkeit des Gerichts, sei es nun, dass sie als "Verhandlungs-" oder "Sachleitung" angesprochen wird, in derselben Weise der Weiterführung des Verfahrens dient. Daher seien die Begriffe "Verhandlungsleitung" und "Sachleitung" in dem umfassenderen Begriff der "Prozessleitung" zusammengefasst, den der Zivilprozessualist Rosenberg 79) allgemeingültig für jede Prozessart formuliert hat:

"Prozessleitung ist diejenige Tätigkeit des Gerichts, die einen gesetzmässigen und zweckfördernden Verlauf des Verfahrens, eine erschöpfende und doch schnelle Verhandlung und eine Beendigung des Rechtsstreits auf kürzestem Wege zum Ziele hat."

Eb. Schmidt 80) fasst diese Definition prägnant zusammen und versteht unter Prozessleitung "den Inbegriff der auf die Urteilsgewinnung abzielenden Massnahmen" des erkennenden Gerichts.

§ 238 Abs. I und II StPO legen diese Prozessleitung ausschliesslich in die Hand des erkennenden Gerichts.

b) Inhalt der "Prozessleitung" 81)

aa) Leitung der Verhandlung

Die unter den Begriff der "Verhandlungsleitung" fallende Tätigkeit wurde

Fortsetzung der Fussnote 78) von Seite 22

So vor allem

Schwarz, StPO, § 238, Anm. 1 - 3,

ferner

Kleinknecht - Müller - Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 238, Anm. 2, 3

Löwe-Rosenberg, StPO, § 238, Anm. 10

Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 167

RGSt 42, 157 ff (S. 158)

Die andere Meinung, angeführt von

Eb. Schmidt (StPO I, S. 112 ff, StPO II, § 238 Anm. I, II mit eingehenden Literaturnachweisen) lehnt obigen Standpunkt als zu formalistisch ab und will im Grunde genommen den gesamten Abs. I dem Rügerecht des Abs. II unterwerfen, mit dem schwerwiegenden Argument, dass eine solche Auslegung vor allem der Rechtssicherheit dienlich sei.

79) Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, S. 256

80) Eb. Schmidt, StPO II, § 238, Anm. I 1

81) vgl. Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 238, Anm. 1

Löwe-Rosenberg, StPO, § 238, Anm. 3 - 7, 9 - 12

Schwarz, StPO, § 238, Anm. 1 - 3

schon oben 82) beispielhaft aufgezählt. Eine eingehendere Darstellung kann aber erst hier erfolgen.

Der Vorsitzende eröffnet, schliesst und unterbricht die Verhandlung. Diese Aufgabe weisen ihm die §§ 243 Abs. I, 258, 228 Abs. I Satz 2 StPO zu. Dem Vorsitzenden steht grundsätzlich weiter das Recht zu, die Abwicklung der Verhandlung und die Reihenfolge der Verhandlungsvorgänge zu bestimmen. Das Reichsgericht nahm in einer Reihe von Entscheidungen zu den Befugnissen Stellung, die dem Vorsitzenden im Rahmen der Verhandlungsleitung gebühren. Davon sind besonders hervorzuheben, dass ihm das Recht zusteht, jeden Sprechenden zu unterbrechen, ihm das Wort zu entziehen oder ihn zu ermahnen 83). Ferner hat der Vorsitzende darüber zu befinden, ob er einer Person das Wort gibt und zu welchem Zeitpunkt diese dann sprechen darf 84).

bb) Vernehmung des Angeklagten

Von ihr handeln die Vorschriften der §§ 243 Abs. II und III, 258 Abs. III StPO.

Damach hat der Vorsitzende den Angeklagten zunächst über seine persönlichen Verhältnisse zu vernehmen. Der Richter wird gehalten, sich einen klaren Eindruck vom Wesen und Charakter des Angeklagten und seinem Vorleben zu machen. Dazu gehört auch, dass er die ev. vorhandenen Vorstrafen des Angeklagten erörtert, allerdings mit der in der Praxis wenig geübten Einschränkung, dass sie für die Beurteilung der den Gegenstand der Klage bildenden Tat von Bedeutung sind 85).

Auf diese Vernehmung des Angeklagten zur Person folgt seine Vernehmung zur Sache: § 243 Abs. III StPO. Hierfür ist grundsätzlich massgebend die Vorschrift des § 136 StPO. Jeder Angeklagte ist zu befragen, ob und, wenn ja, was er auf die erhobenen Anschuldigungen zu erwidern habe. Weiter gehört es zur Vernehmung des Angeklagten, dass ihm Gelegenheit zur Verteidigung gegeben wird, insbesondere, dass er alle zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen vorbringen kann 86). Ferner hat der Vorsitzende den Angeklagten nach dem Plädoyer des Verteidigers zu fragen, ob er selbst noch etwas zur Verteidigung anzuführen habe: § 258 Abs. III StPO. Diese Verpflichtung des Vorsitzenden ist von besonderer Be-

82) vgl. Fussnote 78)

83) vgl. RGSt 30, 216 ff (S. 218); 41, 259 ff (S. 260/61); 64, 57 ff (S. 58/59); weitere Rechtsprechung zu dieser Frage bei Löwe-Rosenberg, StPO, § 238, Anm. 3

84) RGSt 42, 157 ff (S. 158/59); beachte ferner die in dieser Entscheidung angeführten Urteile des Reichsgerichts (RGSt 4, 151; 8, S. 271)

85) vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, § 243, Anm. 6

86) vgl. RGSt 44, 284 ff (S. 285)

Löwe-Rosenberg, StPO, § 243, Anm. 8a

deutung, weil gerade den letzten Worten des Angeklagten erhebliches Gewicht beigemessen werden kann, was vor allem für die Laienrichter gilt.

cc) Beweisaufnahme

Von ihr handeln die §§ 243 - 256 StPO. Es würde aber zu weit führen, alle Einzelheiten dieser Regelung aufzeigen zu wollen. Angesichts der Tragweite der dem erkennenden Gericht dabei zugewiesenen Aufgaben und deren Bedeutung für die hier anzustellenden Untersuchungen ist aber die geltende Regelung des Umfangs der Beweisaufnahme zumindest in groben Umrissen herauszustellen 87).

Nach § 245 StPO sind alle vorgeladenen und sonstwie erschienenen Zeugen und Sachverständigen sowie die herbeigeschafften Beweismittel vom Gericht zu benutzen. Eine Ausnahme ist davon nur zu machen, wenn das Beweisanerbieten der Prozessverschleppung dient (§ 245 Satz 1 StPO), oder wenn Staatsanwalt und Angeklagter damit einverstanden sind (§ 245 Satz 3 StPO).

Beweisanträge von Staatsanwalt, Verteidiger und Angeklagtem sind grundsätzlich unbeschränkt zulässig. Eine Einschränkung bringt lediglich § 244 Abs. III StPO, wonach ein Beweisantrag in folgenden Fällen abgelehnt werden muss:

1. Der Beweisantrag ist unzulässig, wenn z.B. für die Vernehmung einer Person eine besondere Genehmigung nötig ist, die aber fehlt, wie im Fall des § 54 StPO.
2. Der Beweisantrag ist überflüssig, wenn etwa die zu beweisende Tatsache offenkundig, bedeutungslos oder bereits bewiesen ist. Hierunter fällt auch der Fall, dass das Gericht eine zu beweisende Tatsache als wahr unterstellt.
3. Der Beweisantrag ist zwecklos, wenn das Beweismittel ungeeignet oder unreichbar ist.
4. Der Beweisantrag dient der Prozessverschleppung.

Die grundsätzliche Regelung, wonach einem Beweisantrag stattgegeben werden muss, gilt nach § 244 Abs. IV und V StPO nicht bei Vernehmungen eines Sachverständigen oder der Einnahme eines Augenscheins.

Die Vernehmung des Angeklagten zur Sache und die Beweisaufnahme verfolgen den Zweck, dem erkennenden Gericht ein naturgetreues Bild des Lebensvorganges zu geben, dessen strafrechtliche Beurteilung ihm obliegt. Das Gesetz

87) vgl. Kern, Strafverfahrensrecht, S. 162 ff

Über die sonstigen Einzelheiten, die in diesem Rahmen aber nicht interessieren, vergleiche die einschlägigen Kommentare, insbesondere Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, § 244, Anm. 1 ff

Löwe-Rosenberg, StPO, § 244, Anm. 5 ff

Eb. Schmidt, StPO II, § 244, Anm. B

Schwarz, StPO, § 244, Anm. 1 - 5

selbst umreisst diese richterlichen Verpflichtungen in zwei einschneidenden Bestimmungen:

1. Nach § 244 Abs. II StPO 88) hat das Gericht zur Erforschung der Wahrheit von Amts wegen die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.
2. Diese Beweisermittlungstätigkeit kann das Gericht nicht Dritten überlassen. Nach § 155 Abs. II StPO ist das Gericht bei den Untersuchungen zu "selbständiger Tätigkeit" verpflichtet.

Die Bedeutung dieser beiden Vorschriften liegt darin, dass die materielle Wahrheitserforschung allein dem erkennenden Gericht obliegt. Damit verbietet die Strafprozessordnung gleichzeitig, dass sich das Gericht bei seiner Entscheidung nur auf das Vorbringen der anderen am Prozess beteiligten Personen - Staatsanwalt auf der einen, Angeklagter und Verteidiger auf der anderen Seite - verlässt. Die §§ 244 Abs. II, 155 Abs. II StPO schliessen daher die Anwendbarkeit der zivilprozessualen Verhandlungsmaximen - da mi factum, dabo tibi ius - aus. Demgemäss ist es dem Richter nicht nur verwehrt, seiner Entscheidung lediglich das "Partei"vorbringen 89) zugrunde zu legen. Er hat vielmehr das Recht und die Pflicht, solange Ermittlungen anzustellen, bis er davon überzeugt ist, dass der zu klärende Sachverhalt historisch und wahrheitsgetreu vor ihm liegt. Allein dieses dann in der Hauptverhandlung ermittelte Tatbild bildet die Grundlage des Urteils: § 264 Abs. I StPO, wobei der Richter bei der Feststellung dieses Tatbilds nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung "nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung" entscheiden kann: § 261 StPO.

Die Verpflichtung, die dem Richter in der Hauptverhandlung obliegt, charakterisiert Niethammer 90) dadurch erschöpfend, dass der Richter "die Tat finden muss", und er diese dadurch findet, dass er "durch seine Wahrnehmungen in der Verhandlung eine mit überwältigender Kraft wirkende Vorstellung der Tat erringt".

c) Würdigung

Wenn man diese Ermittlungstätigkeit des erkennenden Gerichts näher betrachtet, fällt auf, dass der Richter, wenn er entsprechend dem in den §§ 244 Abs. II, 155 Abs. II StPO verankerten Prinzip der materiellen Wahrheitspflicht sowohl nach be- als auch nach entlastenden Tatsachen forscht, in einer Person

88) Zur Entwicklung und Änderung des § 244 StPO, insbesondere seines Abs. II vgl. Löwe-Rosenberg, StPO, § 244, Anm. 2, 3, 4

89) Mit der Formulierung "Partei", womit Staatsanwalt und Angeklagter gemeint sind, soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass die Stellung dieser Personen mit dem zivilprozessualen Parteibegriff übereinstimmt. Eine Klärung dieser Frage erfolgt unten.

90) Niethammer, Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren, Festschrift für Wilhelm Sauer, S. 26 ff (S. 26)

Funktionen ausübt, die an sich dem Staatsanwalt zukommen, als auch solche, die der Verteidigung obliegen. In diesem Fall unterscheidet sich unser Richter nicht von dem im Inquisitionsprozess 91).

Dieser Mangel wird auch nicht dadurch gemildert, dass der Anklagegrundsatz unser Strafverfahren beherrscht 92). Denn dieses Prinzip wirkt sich in diesem Stadium des Verfahrens praktisch nur dadurch aus, dass der Anstoss zur Hauptverhandlung auf die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft zurückzuführen ist. Im übrigen aber bleibt die für das Urteil allein massgebende Wahrheitsermittlungstätigkeit im Hauptverfahren Aufgabe des erkennenden Gerichts, wobei der Staatsanwaltschaft nur eine Art Hilfestellung zukommt.

Gerade die Ausgestaltung des Hauptverfahrens, das auf Grund seiner Folgen den entscheidendsten Abschnitt des Strafverfahrens bildet, zeigt in nahezu unverhüllter Klarheit das Charakteristikum des gemeinrechtlichen Inquisitionsprozesses auf, die Vereinigung von ermittelnder und erkennender Tätigkeit in einer Person. Damit sollen keineswegs die Vorarbeiten, die dem Gericht durch das Vorverfahren abgenommen wurden, geschmälert werden. Aber wie aus den oben zitierten §§ 244 Abs. II, 261, 264 Abs. I StPO folgt, liegen die für die Entscheidung des Gerichts ausschliesslich massgebenden Ermittlungen in der Hand des erkennenden Gerichts in der Hauptverhandlung.

Die Gefahren, die eine solche Konstruktion für den Zweck eines Strafverfahrens darstellt, sind dieselben, wie sie schon an anderer Stelle herausgearbeitet wurden 93).

E) DIE GENERELLE PROBLEMATIK DIESER IM GELTENDEN STRAFVERFAHRENSRECHT VERBLIEBENEN RELIKTE DES INQUISITIONSPROZESSES

I. FÜR DEN RICHTER

Oben 94) wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die Hauptgefahr der Vereinigung von ermittelnder und erkennender Tätigkeit in einer Person darin besteht, dass der Zweck eines Prozesses - Ermittlung der materiellen Wahrheit und ein auf Gerechtigkeitssuche beruhendes Urteil - gefährdet wird. Die nähere Begründung für diese Behauptung soll nunmehr hier erfolgen.

Vergegenwärtigt man sich die Lage eines Richters, so glaubt man zwar auf

91) vgl. insbesondere

Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 282, Fussnote 1)

92) vgl. oben C

93) vgl. oben B I 3; auch D II 3

94) B I 3; D II 3; D III 2

den ersten Blick, dass es, den Buchstaben des Gesetzes folgend, ganz leicht für ihn sein müsse, alles zu unternehmen, was einer Aufklärung des Sachverhalts nach jeder Richtung, sowohl im Hinblick auf den staatlichen Verfolgungsanspruch als auch im Hinblick auf eine Entlastung des Angeklagten, dienlich ist. Sobald man aber tiefer in das Wesen eines Richters einzudringen versucht, muss man erkennen, dass seine Lage nicht allein und ausschliesslich von den Normen des Gesetzes bestimmt werden kann.

Je länger die praktische Tätigkeit des Richters andauert, umso mehr muss er erkennen, dass er in der Mehrzahl der von ihm entschiedenen Fälle den Angeklagten verurteilte, dass aber nur ganz selten ein Freispruch zustande kam. Diese Tatsache ist nicht darauf zurückzuführen, dass der Richter einseitig zu Ungunsten des Angeklagten entschied. Der Grund liegt vielmehr darin, dass eine Vielzahl von Straftaten tatsächlich begangen wird, und dass es bei der Gründlichkeit des Vorverfahrens nur in Ausnahmefällen dazu kommt, dass ein wirklich Unschuldiger einer Hauptverhandlung unterworfen wird.

Es darf nicht übersehen werden, dass die richterliche Tätigkeit, zumindest bis zu einem bestimmten Grad, mehr oder weniger eine routinemässige Arbeit wird. Auch wenn das tägliche Leben oft vielgestaltig ist, wiederholen sich trotzdem die meisten zu entscheidenden Fälle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zumindest in groben Zügen.

Wenn man diese beiden Argumente - überwiegende Häufigkeit der Verurteilungen gegenüber den Freisprüchen und die manchmal zur Routine gewordene richterliche Tätigkeit - berücksichtigt, erscheint es verständlich, wenn den Richter das Gefühl überkommt, dass seine Arbeit in erster Linie zur Bestrafung und nicht so sehr zur Rechtfertigung eines Angeklagten führt. Diese Ausführungen mögen vielleicht weniger für den Richter gelten, der erst am Anfang seiner Laufbahn steht, wohl aber für den in jahrzehntelanger Praxis erprobten Richter, der in der Regel den höheren Spruchbehörden angehört, deren Entscheidung für den weiteren Lebensweg eines Angeklagten besonders einschneidende Wirkung zukommt. Ohne dass er es vielleicht selbst unmittelbar fühlt, wird der Richter, nachdem er fast immer darin bestätigt wurde, dass der vor ihm stehende Angeklagte nicht umsonst auf die Anklagebank geraten ist, ganz instinktiv bei der Leitung des Prozesses und der Beweisaufnahme dahin tendieren, dem Angeklagten zu misstrauen und kritisch seinen Einlassungen zu folgen, da ihm im Unterbewusstsein ein unbestimmtes Gefühl sagt: "Umsonst wirst du doch nicht hierher gekommen sein". Im übrigen muss dem Richter auch bewusst sein, dass er den Angeklagten ja schon im Eröffnungsbeschluss als hinreichend tatverdächtig bezeichnet hat.

Gegenüber dieser gegen den Angeklagten wirkenden, oft ungewollten und unbewussten Tendenz steht die mit den dürren Worten des Gesetzes (§ 244 Abs. II StPO) ausgesprochene Verpflichtung, auch die entlastenden Momente zu ermitteln und damit praktisch im selben Umfang auch zur Entlastung des Angeklagten beizutragen.

Gerade hier liegt aber die ganze Problematik der Lage. Ist der Richter die-
 ser ihm gesetzlich zugewiesenen Aufgabe, gleichzeitig und im selben Umfang
 zur Be- wie zur Entlastung des Angeklagten beizutragen, auf Grund seiner mensch-
 lichen Natur überhaupt gewachsen? Kommt man nämlich zu einer Verneinung
 dieser Frage, dann gewährleistet die Prozessart, die diesen Prinzipien huldigt,
 nicht die Erfüllung des Zwecks eines Strafverfahrens: der Ermittlung der materiel-
 len Wahrheit, die die erste Voraussetzung für ein gerechtes Urteil darstellt.

Dieses Hauptproblem des Inquisitionsprozesses spielte bei allen gemachten
 Reformvorschlägen, beginnend um die Mitte des vergangenen Jahrhunderts bis in
 die heutige Zeit - soweit diese Probleme noch aktuell sind - die entscheidende
 Rolle 95). Bereits die Schriftsteller des 19. Jahrhunderts erkannten die Zwangsla-
 ge des inquirenden Richters zwischen dem Zwang zu umfassender Ermittlungs-
 tätigkeit und gleichzeitig zur Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit. Sie
 gelangten schon damals zu dem Ergebnis, dass in der so ausgestalteten Stellung
 des Richters das Hauptübel oder wie es Zachariä in seinem Werk formulierte, der
 "Kardinalfehler" des Inquisitionsprozesses liegt. Die damals angestellten Überle-
 gungen gipfelten in der Frage, ob die psychologische Situation des Richters die
 Erkenntnis der materiellen Wahrheit gewährleisten kann. Die Antwort darauf
 - ein klares Nein - ist bis heute von keiner Seite bestritten worden.

Eb. Schmidt, der sich mit dieser Problematik, insbesondere im Hinblick
 auf das geltende Strafverfahrensrecht an mehreren Stellen beschäftigt hat 96),
 gibt für dieses "Nein" die allein zutreffende und klare Begründung 97):

"Sie" (die Vereinigung der verfolgenden und richtenden Tätigkeit in der
 Person des Richters) "bedeutete unvermeidlich eine psychologische Über-

95) Mittermaier C. J. A., Die Mündlichkeit, das Anklageprinzip, die Öffentlichkeit und das Geschworenengericht, insbesondere S. 248/249

Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens,
 S. 78 ff

Für weitere Hinweise auf die Reformliteratur des vergangenen Jahrhunderts vgl.

Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff,
 S. 279, Fussnote 51)

96) Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege,
 S. 299

Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 278 ff)
 StPO I, S. 147 ff

97) Eb. Schmidt, StPO I, S. 147

in ähnlichem Sinne auch

Wach, Die Struktur des Strafprozesses, S. 7 "Psychologische Inkompatibilität
 der strafverfolgenden und urteilenden Funktion und Entartung der Rechtspfle-
 ge durch ihre Vereinigung"

forderung des Richters. Nur ein mit übermenschlichen Fähigkeiten ausgestatteter Richter könnte sich bei seiner Entscheidungsfunktion von den suggestiven Einflüssen seiner eigenen angreifenden und ermittelnden Tätigkeit freihalten. Es gehört zu den prozesspsychologischen Grunderfahrungen, dass die innere Unbefangenheit und Unvoreingenommenheit, die der Richter bei seiner Entscheidungstätigkeit benötigt, nur dann gewährleistet sein kann, wenn er von allen "Vor"urteilen freigehalten wird, die sich bei einer mit vielfachen Zwangsmassnahmen verbundenen Angriffstätigkeit gegen den Beschuldigten nur zu leicht einstellen."

Damit kommt klar und deutlich zum Ausdruck, dass es nicht unberechtigt ist, im Interesse einer gerechten Urteilsfindung zu verlangen, dass alle Relikte einer inquisitorischen Stellung des erkennenden Gerichts in unseren Strafverfahren nach Möglichkeit beseitigt werden.

II. FÜR DEN ANGEKLAGTEN

Es erscheint aber auch notwendig, die Problematik von der anderen Seite, nämlich von der des Angeklagten her, zu beleuchten.

Es erhebt sich die Frage, welche innere Beziehung er zu der Person haben soll, die über ihn "Recht" zu sprechen hat. Kann er diesen Richter als Garanten dafür ansehen, dass ihm tatsächlich "Recht" widerfährt, worunter er als Angeklagter nicht nur seinen Freispruch - was in der Regel des Rechts zuviel sein dürfte - versteht, sondern auch, dass seinen Ausführungen über seine Beziehungen zur Tat die gebührende Beachtung und Glaubwürdigkeit geschenkt wird. Vielleicht sieht er sich aber gezwungen, im Richter nur ein Organ zu sehen, das praktisch als verlängerter Arm des Staatsanwalts dessen Forderungen in die Tat umsetzt.

Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, welche Aufgabe und Stellung das Verfahrensrecht dem Richter zuweist.

Hat sich der Richter nur auf die Beurteilung von Tatsachenmaterial zu beschränken, an dessen Sammlung er nicht beteiligt ist, dann wird der Angeklagte dem Richter aufgeschlossen und voll Vertrauen gegenüberstehen. Herrschen aber im Strafverfahren die Inquisitionsmaximen, dann muss sich diese Einstellung des Angeklagten zwangsläufig ändern.

In diesem Fall wird ihm der Richter nie als eine Person erscheinen, von der er wahre Gerechtigkeit erhoffen zu können glaubt, wenn er sieht, wie dieser Richter selbst arbeitet, um den Sachverhalt zu erforschen. Diese Tätigkeit verfolgt in den Augen des Angeklagten nur den Zweck, ihn zu überführen, um ihn schliesslich richten zu können. Der Angeklagte wird diesen Richter "als seinen gefährlichsten Gegner" betrachten, wie schon Zachariä 98) feststellte, in dem er einen heim-

98) Zachariä, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, S. 92

türkischen Feind sieht, gegen den er sich mit allen Mitteln zur Wehr setzen muss, obwohl ihm die Aussichtslosigkeit seines Kampfes schon bei dessen Beginn vor Augen steht, wenn er die Machtfülle betrachtet, die seinem Gegner zur Verfügung steht.

Damit wird es aber dem Angeklagten verwehrt, auch seinen Teil zur Findung der materiellen Wahrheit beizutragen, da er psychologisch nicht mehr in der Lage ist, sich beim Richter mit seinen Einlassungen in der richtigen Form Gehör zu verschaffen.

F) MÖGLICHKEITEN ZUR BESEITIGUNG DIESER MÄNGEL

I. DAS ZWISCHENVERFAHREN

1. Das Für und Wider des Zwischenverfahrens als solchem 99)

Die oben herausgestellten Bedenken gegen das Zwischenverfahren im Hinblick auf den positiven Eröffnungsbeschluss liessen sich am einfachsten dadurch ausräumen, dass man das Zwischenverfahren überhaupt beseitigt und das Hauptverfahren ohne besonderen Übergang an das Vorverfahren anschliesst. Eine solche Lösung des Problems ist aber nur vertretbar, wenn die Nachteile des Zwischenverfahrens so erheblich sind, dass die Vorteile desselben nicht ins Gewicht fallen.

Das Hauptargument, das gegen ein besonderes Zwischenverfahren ins Feld geführt wird, ist vor allem das, dass seine Bedeutung geradezu minimal werde, wenn ihm ein Hauptverfahren nachfolgt. Wie anhand statistischen Zahlenmaterials nachgewiesen wird, treffe dies in 99 von 100 Fällen zu 100).

Es ist aber unzutreffend, selbst wenn man die Richtigkeit dieses Zahlenmaterials unterstellt, allein aus diesem Grunde das Zwischenverfahren zu bagatellisieren und ihm nur eine vorübergehende Bedeutung beizumessen. Wenn nämlich einmal das Zwischenverfahren mit dem Beschluss des Gerichts, das Hauptverfahren zu eröffnen, geendigt hat, sind die mit dieser Prozessbegründung eintretenden Folgen weittragend und einschneidend. Sie wurden von Nagler eingehend heraus-

99) In diesem Abschnitt wird nur die generelle Problematik des Zwischenverfahrens selbst behandelt. Die nähere Erörterung etwa anklingender Lösungswege bleibt dem nächsten Abschnitt vorbehalten.

100) vgl. z.B. die diesbezüglichen Angaben bei

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 150

Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 350)

Eb. Schmidt, Staatsanwalt u. Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 314)

gearbeitet 101).

Neben dem Umstand, dass für das Gericht die unabänderliche Verpflichtung zur Durchführung des Verfahrens begründet wird, sind vor allem die für den nunmehr zum Angeklagten gewordenen Angeschuldigten (§ 157 StPO) eintretenden Folgen zu erwähnen. Vor aller Öffentlichkeit ist er mit dem Makel des Tatverdachts belastet worden. Seine Sorge, sich davon zu reinigen, wird seinen gesamten Lebensweg bis zum Urteil begleiten. Er ist gezwungen, Mittel und Wege zu suchen, die zu seiner Verteidigung dienlich sein können. Man sieht daraus, dass hier ein tiefer Einschnitt im Leben eines Menschen gemacht wird.

Daher kann man das Zwischenverfahren nicht aus dem Grund beseitigen, weil man in ihm irrtümlich ein Institut minderen Ranges zu sehen glaubt.

Die Gründe, die für eine Beibehaltung eines Zwischenverfahrens sprechen, sind viel schwerwiegender.

Eine wichtige Aufgabe, die das Zwischenverfahren zu erfüllen hat, besteht darin, wie Nagler 102) zutreffend feststellt, "dass jeder Leerlauf bei der Befassung der Gerichte mit Rechtssachen nach Möglichkeit vermieden wird". Das Zwischenverfahren dient dazu, die Gerichte vor solchen Verfahren zu verschonen, die schon auf den ersten Blick aus formellen oder materiellen Gründen nie zu einer Verurteilung führen werden: Auslesefunktion des Zwischenverfahrens. Die Durchführung einer Hauptverhandlung in solchen Fällen wäre Verschwendung von Zeit und Geld.

Es ist ferner für die Autorität der Rechtspflege wenig förderlich, ein Verfahren durchzuführen, an dessen Ende dann das Eingeständnis des Gerichts steht, dass der Fall schon von vornherein wenig Aussicht auf eine Verurteilung bot. Das Vertrauen der Allgemeinheit auf eine gewissenhafte Handhabung der Strafrechtspflege würde dadurch schwer erschüttert. Gerade solche Gefahren zu vermeiden, ist das Ziel des Zwischenverfahrens.

Ein weiteres Argument für die Beibehaltung des Zwischenverfahrens liegt darin, dass eine leichtfertige Anklage eine schwere Ungerechtigkeit gegenüber dem Angeklagten darstellt. Der ihm dadurch entstandene Schaden kann oft kaum durch einen Freispruch, der in der Regel nur mangels Beweises erfolgen wird, wieder ausgeglichen werden. Das Zwischenverfahren ist der geeignete Anlass im Laufe des Strafverfahrens, darüber zu befinden, ob der Angeklagte tatsächlich ein Verbrecher zu sein scheint oder nicht. Diese sog. "negative Kontrollfunktion", durch die das Gericht gezwungen wird, sämtliche Prozessvoraussetzungen im weitesten Sinn genauestens zu prüfen, ist eines der wichtigsten Momente, die für das Zwischenverfahren sprechen.

Die besondere Bedeutung des Zwischenverfahrens für den Angeklagten liegt weiter darin, dass ihm ausreichend Gelegenheit gegeben wird, sich gegen die er-

101) Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff, insbesondere S. 343/344

102) Nagler, a.a.O., S. 348

hohenen Anschuldigungen zur Wehr zu setzen. Diese Aufgabe des Zwischenverfahrens heben neben Nagler 103), auch Becker 104) und Oetker 105) hervor: "Das Zwischenverfahren funktioniert als erste Verteidigungslinie gegen grundlose Anklagen". Damit soll keineswegs der Staatsanwaltschaft der Vorwurf gemacht werden, sie sei bei der Erhebung der Anklage zu wenig gründlich und klage schon wegen des fadenscheinigsten Verdachts an. Aber auch der Staatsanwalt ist nur ein Mensch mit Fehlern und Schwächen, die sich nicht mit dem Hinweis auf § 160 Abs. II StPO abtun lassen können. Man muss von der Tatsache ausgehen, dass persönliche Voreingenommenheit, menschliche Unvollkommenheit, verbunden mit übertriebenem Pflichteifer in manchen Fällen zur Erhebung unzutreffender und übereilter Anklagen führen, vor denen neben dem Gericht auch der Angeklagte bewahrt werden muss 106).

Auch Gründe der Rechtssicherheit sprechen für die Beibehaltung eines besonderen Zwischenverfahrens 107). Es ist notwendig, dass klar zum Ausdruck kommt, wann ein so entscheidender Verfahrensabschnitt, wie das Hauptverfahren, tatsächlich begonnen hat. Unerträglich erscheint es, wenn man sich dafür an konkludente Handlungen des Richters halten müsste.

Für den Richter selbst, so wird manchmal behauptet, bringe das Zwischenverfahren lediglich eine Menge unnützer Arbeit, ohne dass er sonst irgendwelchen Nutzen für die Hauptverhandlung habe. Dem kann aber nicht beigespflichtet werden. Ein grosser Vorteil, den der Richter aus der Beschäftigung mit den Ergebnissen des Vorverfahrens zieht, ist nämlich der, dass er einen klaren Überblick über die in der Hauptverhandlung auftauchenden Fragen gewinnt, wodurch er in die Lage versetzt wird, souverän und planvoll die Verhandlung zu leiten.

Diese hier aufgeführten Gründe wiegen so schwer, dass es unvertretbar erscheint, das Zwischenverfahren ersatzlos abzuschaffen. Es muss daher ein Weg gefunden werden, der zwar die Mängel des Eröffnungsbeschlusses, wie sie oben 108) aufgezeigt wurden, beseitigt, der aber der Notwendigkeit eines Zwischenverfahrens Rechnung trägt 109).

103) Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 348)

104) Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff (S. 1382)

105) Oetker, Der Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 314 ff (S. 315/316, S. 328)

106) vgl. Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 347)

107) vgl. Oetker, Der Wert des Eröffnungsbeschlusses, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 66 ff (S. 73)

108) D II 3

109) so auch

Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 354)

Bevor sich etwa bietende Lösungswege erörtert werden, bedarf es einer ausdrücklichen Hervorhebung, dass der Mangel des Eröffnungsbeschlusses nicht darin gesehen wird, dass er zu einer blossen Routinearbeit wurde, mit der Folge, dass er in 99 von 100 Fällen erlassen wurde und im Endergebnis keine der oben aufgezählten Aufgaben erfüllen konnte, sondern vielmehr zu einer Belastung der Gerichte und einer Verzögerung des Verfahrens führte 110). Ein solcher Vorwurf erscheint vor allem ungerecht gegenüber der Vielzahl pflicht- und verantwortungsbewusster Richter, die erst nach genauer und gewissenhafter Prüfung der Ergebnisse des Vorverfahrens darüber beschliessen, in welchem Umfang das Hauptverfahren eröffnet werden soll. Es gibt nicht wenige Fälle 111), bei denen das Gericht in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht vom Standpunkt der Klageschrift abgewichen ist und das Hauptverfahren aus ganz anderen Gesichtspunkten eröffnet hat.

2. Alternativlösungen zum Eröffnungsbeschluss

Der Mangel des Zwischenverfahrens wird vielmehr ausschliesslich in den mit der psychologischen Überforderung des Richters liegenden Gefahren gesehen, die der Eröffnungsbeschluss mit sich bringt. Alle anderen gegen den Eröffnungsbeschluss sprechenden Momente, wie z.B. auch der Fall, dass die Staatsanwaltschaft, um einer schwer zu begründenden Einstellung nach §§ 153 ff StPO aus dem Wege zu gehen, Anklage erhebt, nur mit dem Ziel, dass das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens ablehnt, womit dem Anzeigeersteller die Beschwerdemöglichkeit nach § 172 StPO genommen wird 112), gehören nicht in den Kreis dieser Betrachtungen.

Fortsetzung der Fussnote 109) von Seite 33

Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 312)

110) Dieser Standpunkt wird vor allem vertreten von

Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff (S. 1382)

Kern, Strafverfahrensrecht, S. 150

Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 350)

Eb. Schmidt, Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff (S. 19)

Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 314)

StPO I, S. 82, Fussnote 152a)

111) vgl. Töwe, Die Verteidigung im Vorverfahren und beim Übergang zum Hauptverfahren im neuen Strafprozess, Der Gerichtssaal, Bd. 107, S. 77 ff (S. 105)

112) vgl. die Erörterung dieses Falls bei

Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff (S. 1381)

Daher erfolgt die Erörterung der Lösungswege nur in dem oben abgesteckten Rahmen.

a) Einführung eines sog. "Vorterminals"

Vor Eröffnung des Hauptverfahrens soll vom Gericht eine mündliche Aussprache über den zur Entscheidung anstehenden Fall anberaumt werden, an der das Gericht, der Staatsanwalt und der Angeklagte mit seinem Verteidiger teilzunehmen haben. Ein Berichterstatler wird diesen Personen die Ergebnisse des Vorverfahrens zusammenfassen, zu denen dann jede Seite Stellung nehmen kann. Hiernach hat das Gericht darüber zu befinden, ob der Fall so gelagert ist, dass eine Verurteilung im anschließenden Hauptverfahren möglich sein wird.

Der Vorteil, den diese Regelung mit sich bringt, ist der, dass die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens nicht mehr auf Grund des Aktenstudiums ergeht, sondern mit Hilfe des unmittelbaren Eindrucks, den die Aussprache mit den Prozessbeteiligten bringt. Diese Lösung bietet aber keinen Weg dafür, dass die Voreingenommenheit des Richters und die Vorbelastung des Angeklagten, wie sie oben dargestellt wurden, beseitigt werden. Denn die Hauptverhandlung erfolgt nur, wenn der Richter die Gewissheit gewonnen hat, dass mit einer Verurteilung zu rechnen ist. Dieser Eindruck ist dann noch viel gravierender, wenn der Richter nicht anhand des trockenen Aktenmaterials, sondern persönlich und unmittelbar zu dieser Überzeugung gelangt ist. Auf die weiteren mit diesem Vorschlag verbundenen Bedenken, insbesondere, dass der Vorterminal praktisch eine vorweggenommene Hauptverhandlung bildet und die eigentliche Hauptverhandlung nur eine Wiederholung des Vorterminals darstellen wird, kann im einzelnen nur hingewiesen, nicht aber eingegangen werden 113).

b) System des "konkludenten Eröffnungsdekrets"

Die Staatsanwaltschaft legt dem erkennenden Gericht die Anklageschrift zu dem Zweck vor, dass das Gericht darüber entscheidet, ob die erhobene Klage "anzunehmen" ist oder nicht. Die Folge einer solchen Klageannahme ist dann die Anberaumung eines Termins für die Hauptverhandlung. Der Umfang der Nachprüfung, die das Gericht bei seiner Entscheidung anzustellen hat, ist dabei folgender:

1. Die Prüfung aller Prozessvoraussetzungen, wozu vor allem die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts gehört, bei dem die Anklageschrift eingereicht wurde.
2. Die Prüfung der rechtlichen Schlüssigkeit der Klage. In Anlehnung an

113) vgl. Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 601/602)

Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 354/355)

die zivilprozessuale Definition der Schlüssigkeit 114) der Klage - das Vorbringen des Klägers, seine Wahrheit unterstellt, rechtfertigt den Anspruch - gilt sinngemäss für das Strafverfahren, dass die erhobene Klage dann schlüssig ist, wenn ohne Berücksichtigung der Beweislage die Tat einem bestimmten Tatbestand des Strafgesetzbuchs unterfällt.

3. Die Prüfung der Tatfrage im Sinne der Tatwahrscheinlichkeit. Bei dieser Prüfung erscheint es unmöglich, eine strenge Grenze zwischen Wahrscheinlichkeit hinsichtlich der rechtlichen und der tatsächlichen Seite der Tat ziehen zu wollen, da es in der Regel so sein wird, dass tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte ineinander fliessen und nicht voneinander geschieden werden können.

Im Ergebnis läuft aber diese Prüfung auf eine Entscheidung darüber hinaus, ob mit einer Überführung des Angeklagten gerechnet werden kann oder nicht. Die Klage wird daher nur angenommen, wenn das Gericht die Frage bejaht, dass der Angeklagte mit Wahrscheinlichkeit verurteilt werden wird.

Diese insbesondere von Nagler 115) so eingehend geschilderte und befürwortete Konstruktion vereinigt unzweifelhaft alle oben 116) geschilderten Vorzüge des Zwischenverfahrens als solchem, insbesondere die Auslesefunktion, die Verteidigungsfunktion und den Schutz des Angeklagten vor unüberlegter Klageerhebung. Vergeblich sucht man aber eine Lösung der Frage, wie die psychologischen Probleme, die der Eröffnungsbeschluss auslöst, aus der Welt geschafft werden.

Dieses Problem wird nicht dadurch gelöst, dass man die Entscheidung des Gerichts, das Hauptverfahren zu eröffnen, statt als "Eröffnungsbeschluss" als "Terminsbestimmung" bezeichnet. Massgebend bleibt der Inhalt der Entscheidung und diese lautet in beiden Fällen auf Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung. Die Gefahr einer richterlichen Voreingenommenheit wird bei dem von Nagler gebrachten Lösungsvorschlag eher noch grösser, da in diesem nicht generell nur der "hinreichende Tatverdacht" festgestellt wird, sondern anhand konkreter Normen Punkt für Punkt die Stichhaltigkeit der Klage überprüft werden muss. Je genauer hierzu angehalten wird, umso mehr wird aber bei der "Terminsbestimmung" der Richter, wenn er diese Entscheidung getroffen hat, von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein.

Daher trägt dieser Vorschlag nicht dazu bei, die notwendige Beseitigung der richterlichen Voreingenommenheit zu fördern.

114) Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, § 331, Anm. 3 B Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, S. 497

115) Nagler, Das Zwischenverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 111, S. 342 ff (S. 357 ff; S. 367 ff)

116) F I 1

c) Eröffnung des Hauptverfahrens auf Grund blosser Klageerhebung

Dieser Vorschlag läuft im Ergebnis darauf hinaus, das Zwischenverfahren praktisch ersatzlos zu beseitigen. Dass ein solcher Weg nicht gangbar ist, wurde oben 117) bereits generell begründet. Es erscheint aber notwendig, hier näher zu diesem Fragenkreis Stellung zu nehmen und zwar nicht so sehr im Hinblick auf das Zwischenverfahren als solchem, sondern speziell im Hinblick auf den Eröffnungsbeschluss.

Die Ausgestaltung dieser Regelung wäre die, dass der Staatsanwaltschaft die selbständige Entscheidung darüber obliegt, ob der Angeklagte vor die Schranken des erkennenden Gerichts kommen soll oder nicht. Das Gericht wäre sonach verpflichtet, dem diesbezüglichen Ersuchen der Staatsanwaltschaft ohne eigene Prüfung der Sach- und Rechtslage nachzukommen.

Neben den oben angeführten Bedenken gegen eine solche Regelung, insbesondere aus den Gesichtspunkten des Verteidigungsprinzips und der Auslesefunktion 118), fällt vor allem ins Gewicht, dass es unmöglich erscheint, ein gerichtliches Verfahren mit einer Handlung der Staatsanwaltschaft beginnen zu lassen, wie Oetker 119) zutreffend führt: "Ergibt doch nur ein nach Form und Inhalt den kategorischen Erfordernissen des Gesetzes entsprechendes, daraufhin also vom Richter zu prüfendes Verlangen die richterliche Verhandlungspflicht".

Obwohl dieser Weg die psychologischen Schwierigkeiten des Eröffnungsbeschlusses beseitigen würde, stehen höherwertige Güter der Befürwortung dieser Lösung entgegen. Eine völlige Ausschaltung der richterlichen Tätigkeit bei der Beschlussfassung über die Eröffnung des Hauptverfahrens erscheint somit unverträglich.

Die entgegengesetzte, insbesondere in der Zeit des Dritten Reiches von vielen Seiten stark vertretene Meinung 120), dass die Funktion des Gerichts im Zwischenverfahren ebenso gut von der zwar weisungsgebundenen, aber zu strengster Objektivität verpflichteten Staatsanwaltschaft in derselben befriedigenden Weise wahrgenommen werden kann, ist in nur allzu deutlicher Weise durch das Wirken

117) vgl. F I 1

118) vgl. dazu näher auch

Oetker, Der Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 314 ff (S. 315/316, 328)

Schwarz, Die Bausteine zum Strafprozess des nationalsozialistischen Staates, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 33 ff (S. 35/36)

119) Oetker, Der Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 314 ff (S. 318)

120) vgl. z.B. Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff (S. 1382)

Freisler, Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts, Deutsche Strafrechtszeitung, 1935, S. 228 ff

Schäfer, in Deutsche Strafrechtszeitung, 1935, S. 251 ff

der Anklagebehörde während der nationalsozialistischen Herrschaft widerlegt worden. Die Auseinandersetzung zwischen Weisungsgebundenheit auf der einen Seite und Verpflichtung zur Objektivität auf der anderen wird insbesondere im totalitären Staat immer zu Gunsten der Weisungsgebundenheit entschieden.

d) Beseitigung des positiven Eröffnungsbeschlusses unter Beibehaltung des negativen Eröffnungsbeschlusses

Die Vereinfachungs-VO vom 13.8.1942 121) beseitigte den positiven Eröffnungsbeschluss. Die Staatsanwaltschaft hatte die Anklage dem Vorsitzenden des Gerichts zu übergeben, der die "Hauptverhandlung anzuordnen" hatte, wenn er keine Bedenken gegen die erhobene Klage vorbringen konnte. Ein besonderer Beschluss, das Hauptverfahren zu eröffnen, war nicht mehr nötig.

Es gelang aber den Vertretern der Meinung, die jede Mitwirkung des Gerichts im Zwischenverfahren ausschalten wollten 122) nicht, ihren Standpunkt voll durchzusetzen. Der negative Eröffnungsbeschluss blieb erhalten. Das Gericht konnte es ablehnen, die Hauptverhandlung anzuordnen, wenn die Anklage ergab, dass mit Sicherheit ein Freispruch in der Hauptverhandlung zu erwarten war. Dabei wurde die Ablehnungsbefugnis nicht dahin begrenzt, wie es z.B. Becker 123) verlangt hatte, dass die erhobene Klage unzulässig oder das angerufene Gericht unzuständig ist. Vielmehr wurde der Ansicht Exners 124) beigegeben. Die Ablehnungsbefugnis des Gerichts wurde auch auf den Fall erstreckt, dass es die Strafbarkeit selbst verneinte.

Diese Regelung beseitigt einen grossen Teil der gegen den positiven Eröffnungsbeschluss vorgetragenen Bedenken. Es ist unstrittig, dass die Vorbelastung des Angeklagten - das Gericht habe ihn schon für hinreichend tatverdächtig erklärt - weggefallen ist, da das Gericht nicht mehr den hinreichenden Tatverdacht durch Beschluss festzustellen braucht. Für diese Regelung spricht weiter, dass sie eine Festlegung des Gerichts auf eine bestimmte Rechtsansicht vermeidet 125).

121) RGBl. I, S. 512

122) z.B. Freisler, Grundzüge des kommenden Strafverfahrensrechts, Deutsche Strafrechtszeitung, 1935, S. 228 ff

Schäfer, in Deutsche Strafrechtszeitung, 1935, S. 251 ff

123) Becker, Der Eröffnungsbeschluss im kommenden Strafprozess, Deutsche Justiz, 1935, S. 1381 ff (S. 1382)

124) Exner, Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozess des neuen Staates, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 54, S. 1 ff (S. 8)

125) Weitere für diese Regelung sprechende Momente, die aber nicht in den Rahmen dieser Betrachtung fallen, siehe bei Niederreuther, Zur Strafverfahrenserneuerung, Der Gerichtssaal, Bd. 112, S. 169 ff (S. 206 ff)

Das andere Bedenken - die richterliche Voreingenommenheit - bleibt bestehen 126). Wie es nämlich in der Vereinfachungs-VO vom 13.8.1942 hiess, war die Ablehnung nur möglich, wenn nach der Überzeugung des Gerichts mit Sicherheit zu erwarten ist, dass der Beschuldigte in der Hauptverhandlung nicht verurteilt wird. Dies bedeutet aber, dass der Richter, der sich zur Anordnung der Hauptverhandlung entschlossen hat, die Schuld des Angeklagten, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch indirekt, mit der Anordnung der Hauptverhandlung bejaht hat. Mit diesem "Vor"urteil belastet, schreitet das Gericht zur Hauptverhandlung.

Wenn man daher diese Lösung nicht nur von der äusseren Form her betrachtet - Wegfall der ausdrücklichen Feststellung des hinreichenden Tatverdachts -, sondern auch im Hinblick auf ihre tatsächliche Ausgestaltung, so ist in diesem entscheidenden Punkt kaum ein Fortschritt gegenüber der Regelung vor der Vereinfachungs-VO von 1942 zu erkennen. Im Ergebnis bleibt es nämlich gleich, ob der Richter ausdrücklich den hinreichenden Tatverdacht bejaht hat oder ob er dies nur indirekt getan hat. Denn in beiden Fällen glaubt er an eine Verurteilung und ist damit in gleicher Weise gegenüber dem Angeklagten voreingenommen.

e) Lösung der geplanten "Kleinen Strafprozessreform"

Die Bundesregierung hat Mitte August 1960 nach vorheriger Beteiligung des Bundesrats den unter der Bezeichnung "Kleine Strafprozessreform" bekannt gewordenen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes im Bundestag eingebracht. Dieser vom Bundestag noch nicht verabschiedete Gesetzesentwurf bringt neben anderen, hier aber nicht interessierenden Neuerungen 127) auch eine Umgestaltung des gerichtlichen Eröffnungsverfahrens.

Nach dem Entwurf bleibt das gerichtliche Eröffnungsverfahren zwar beibehalten, aber mit Einschränkungen. Der Eröffnungsbeschluss soll nicht mehr ausführen, dass und welcher Handlungen der Angeschuldigte hinreichend verdächtig ist. Das Gericht hat nur darüber Beschluss zu fassen, ob die Anklage der Staatsanwaltschaft zur Hauptverhandlung zugelassen wird und wenn ja, vor welchem Gericht diese dann stattzufinden hat. Ein weiterer Unterschied zur bisherigen Regelung ist der, dass der Vorsitzende des Gerichts nicht mehr den Eröffnungsbeschluss verliest. An diese Stelle rückt die Verlesung der Anklage durch den Vertreter der Staatsanwaltschaft.

126) vgl. Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 314)

127) Davon sind insbesondere hervorzuheben, die Neuregelung der Untersuchungshaft, die Einführung eines besonderen Haftprüfungsverfahrens für den Fall, dass die Dauer der Untersuchungshaft 6 Monate übersteigt, eine Verbesserung der Stellung von Angeschuldigten und Verteidiger im Vorverfahren durch die Einführung des sog. "Schlussgehörs" der Staatsanwaltschaft, u. a.

Da die "Zulassung der Hauptverhandlung" nur erfolgen darf, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt ist, dass die Staatsanwaltschaft den Tatverdacht mit Recht bejaht hat, ergeben sich dieselben Bedenken wie bei der Regelung nach der Vereinfachungs-VO vom 13.8.1942. Zwar entfällt ebenso wie dort die Vorbelastung des Angeklagten, was unbestritten als Fortschritt anzusehen ist, die Voreingenommenheit des Richters bleibt aber trotz allem bestehen 128).

f) Einführung einer besonderen "Beschlusskammer"

Wir haben gesehen, dass es zwar Wege gibt, die die psychologische Situation des Beschuldigten verbessern können, dass es aber andererseits unmöglich erscheint, eine gerichtliche Anklageprüfung zu bejahen und trotzdem den mit dieser Aufgabe betrauten Richter von Vorurteilen freizuhalten.

Der einzige sich bietende Ausweg ist der, dass man den erkennenden Richter von der Aufgabe befreit, in eigener Person über die Stichhaltigkeit des Tatverdachts zu befinden. Da aber die Notwendigkeit einer solchen Nachprüfung, und zwar durch einen Richter, nicht durch einen Vertreter der Anklagebehörde, bejaht werden muss, kann nur die Lösung in Frage kommen, dass bei jeder Spruchbehörde eine eigene Kammer gebildet wird, deren alleinige Aufgabe es ist, darüber zu beschliessen, ob die eingereichte Anklage nicht leichtfertig und grundlos erhoben wurde.

Eine solche Aufgabenverteilung kann allen Anforderungen gerecht werden, die für die Beibehaltung des Zwischenverfahrens sprechen, insbesondere der Auslese- und Verteidigungsfunktion. Weiter vermeidet sie neben der Vorbelastung des Angeklagten auch eine Voreingenommenheit des Richters, der sich nicht mehr seiner eigenen Entscheidung gegenüber verpflichtet sieht, in der er in dieser oder jener Form die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung ausgesprochen hat.

Gegenüber diesen Fortschritten fallen einige Mängel dieses Vorschlags nicht ins Gewicht, insbesondere nicht der Einwand, dass diese Lösung zu einer Verzögerung des Strafverfahrens führen müsse. Allerdings wird nicht verkannt, dass fiskalische Erwägungen die Durchführung dieses Plans wohl unmöglich machen werden.

128) vgl. oben FI 2 d

II. DIE AKTENKENNTNIS

1. Völliges Verbot der Aktenkenntnis

Ausgehend von den oben 129) herausgearbeiteten Bedenken, wurde schon frühzeitig der sehr weitgehende Vorschlag gemacht 130), dem Richter jedes Wissen über das Ergebnis des Vorverfahrens vorzuenthalten, indem man ihm verbot, von den Akten Kenntnis zu nehmen. Bei diesem Vorschlag muss besonders hervor-gehoben werden, dass seine Vertreter nicht daran dachten, die Struktur des Haupt-verfahrens zu verändern. Sie verlangten also vom Richter, dass er - jetzt nur ohne Aktenkenntnis - wie bisher die vielfachen, mit der Prozessleitung verbundenen Aufgaben wahrnehme.

Gerade in diesem Punkt liegt aber die entscheidende Schwäche dieses Vor-schlags. Das Problem besteht nämlich darin, ob der Richter ohne Aktenkenntnis noch in der Lage ist, seiner gesetzlichen Verpflichtung nachzukommen, die Haupt-verhandlung angemessen zu leiten. Dies wird von massgeblicher Seite stark ange-zweifelt 131).

Das Hauptziel, das der Richter bei der Findung eines gerechten Urteils vor Augen hat, ist, dem Prinzip der materiellen Wahrheit folgend, die Ermittlung des objektiven Geschehensablaufs. Der überwiegende Teil der richterlichen Tätig-keit, die diesem Zweck dient, liegt auf dem Gebiet der Beweisaufnahme. Sie kann aber nur dann zum gewünschten Erfolg führen, wenn sie sich von Beginn an in geordneten und übersehbaren Bahnen bewegt. Dies ist jedoch nur möglich, wenn sie von sachkundiger Hand geleitet wird. Diese notwendige Sachkunde kann dem Richter, der nach § 238 StPO die Verhandlung leiten muss, nur eine gedie-gene Aktenkenntnis vermitteln 132). Es ist nämlich irrig, anzunehmen, dass die 129) D III 1

130) v. Lilienthal, Weitergehende Durchführung der Anklageform, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 16, S. 97 ff (S. 120) (1909)

Goldschmidt, Die Kritiker der Strafprozessentwürfe, Zeitschrift für die ge-samte Strafrechtswissenschaft, Bd. 41, S. 569 ff (S. 603) (1920)

131) z.B. Dohna, Das Strafprozessrecht, S. 167/168

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 323, Fussnote 4)

Peters, Strafverfahrensrecht, S. 447

Eb. Schmidt, StPO I, S. 187

132) Das Reichsgericht (RGSt 40, 155 ff; S. 157) stellt ausdrücklich fest, "dass der Richter ohne solche Kenntnis zur Erfüllung der ihm zufallenden Aufgabe nicht imstande sein würde"

ebenso Hartung, Einführung anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland? Rosenfeld-Festschrift, S. 231 ff (S. 233)

Einführung englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland?

Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 202)

in der Praxis zu entscheidenden Fälle in tatsächlicher Hinsicht meist leicht und einfach gelagert sind. Würde man dann dem Richter noch die Kenntnis der Akten verbieten, besteht die Gefahr, dass er sich aus den oft undeutlichen und widersprechenden Aussagen der Zeugen kein klares Bild von dem abzuurteilenden Vorgang machen kann und die Übersicht über den Fall verliert. Die Gefahren, die von dieser Seite einem gerechten Urteil drohen, sind wesentlich schwerwiegender als die etwa mit der Aktenkenntnis verbundene Gefahr der Voreingenommenheit.

Dabei ist zu bedenken, dass massgebend für den Grad dieser Voreingenommenheit die innere Einstellung des Richters zu den Akten ist, die von Richter zu Richter ganz verschieden sein kann.

Zunächst ist der Richter zu erwähnen, der voller Überzeugung von den Fähigkeiten der Organe, die das Vorverfahren durchgeführt haben, alles für bare Münze nimmt, was dort ermittelt wurde. Aus dieser vielleicht ungewollten, aber in jeder Beziehung kurzsichtigen Einsicht entsteht eine nicht abzustreitende und nicht zu unterschätzende Gefahr, wie sie oben 133) geschildert wurde.

Es wäre aber verfehlt, diese Art von Richter zu sehr in den Vordergrund zu stellen. Unsere Rechtsprechung steht auf so hohem Niveau, dass die Zahl der guten, d. h. unvoreingenommenen Richter überwiegt. In ihrer Hand ist die Benutzung der Akten unbedenklich 134). Sie wissen, dass es sich dabei um "unfertiges und lediglich vorbereitendes" Material handelt, wie Eb. Schmidt 135) zutreffend ausführt. Dieser Richter, der dem Inhalt der Akten nur orientierende Bedeutung beimisst, wird in der Lage sein, sich ohne Hemmung auf plötzliche und unerwartete Abweichungen der Hauptverhandlung von dem, was er durch das Aktenstudium für den Verlauf derselben erwartete, einzustellen. Es besteht dann nicht die geringste Gefahr, dass das Aktenmaterial zur Richtschnur der Urteilsfällung wird, was, wie auch das Reichsgericht 136) feststellte, unbedingt vermieden werden muss.

Dem Gegenargument v. Lilienthals kann nicht beigespflichtet werden. v. Lilienthal 137) führt für die Richtigkeit seiner Ansicht - Verbot jeder Aktenkenntnis unter Beibehaltung der gegenwärtigen Verfahrensstruktur - das Beispiel

Fortsetzung der Fussnote 132) von Seite 41

ferner Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 597)

Wach, Die Reform der Strafjustiz, Deutsche Strafrechtszeitung, 1920, Sp. 71 ff (Sp. 76)

133) D III 1

134) vgl. auch Hellwig, Psychologie und Vernehmungstechnik bei Tatbestandsermittlungen, S. 56 ff

135) Eb. Schmidt, StPO I, S. 187, Fussnote 164)

136) RGSt 50, 154 ff (S. 155/156)

137) v. Lilienthal, Weitergehende Durchführung der Anklageform, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 16, S. 97 ff (S. 121)

der ungeladenen, sog. "mitgebrachten" Zeugen an. Diese sind auf Antrag von Staatsanwalt, Angeklagtem oder Verteidiger nach § 245 StPO in der Hauptverhandlung zu vernehmen, ohne Rücksicht darauf, ob sie geladen waren oder nicht (138). Aus der Tatsache, dass solche Fälle nicht selten sind und dass die Aussagen dieser Personen im Vorverfahren nicht protokolliert wurden und dem Gericht daher unbekannt sind, und dass trotz allem der Richter der ihm zugewiesenen Aufgabe ohne nennenswerte Kritik gerecht wurde, will v. Lilienthal die Richtigkeit seines Standpunktes unter Beweis stellen.

Dagegen muss aber gesagt werden, dass es einen Unterschied macht, ob der Richter überhaupt keine Ahnung hat von dem, was sich in der angesetzten Hauptverhandlung ereignen wird, oder aber, ob er nur in einzelnen Punkten, deren Bedeutung oft unterschiedlich sein wird, unvorbereitet einem Zeugen gegenübertritt. Hier darf unbedenklich der richterlichen Gewandtheit vertraut werden, diese unvorhergesehene Aussage in den Rahmen des sonstigen Beweisergebnisses einzuordnen. Dieser Fall darf aber nicht mit der generellen Ungewissheit des Richters vom Ergebnis des Vorverfahrens verwechselt werden. Hier bleiben die zu Anfang dieses Abschnitts angeführten Bedenken bestehen, so dass ein Verbot der Aktenkenntnis nicht als Lösung angesehen werden kann.

2. Verbot der Aktenkenntnis unter gleichzeitiger Erweiterung der Anklageschrift

Von oben genannten Verfechtern eines Verbotes der Aktenkenntnis will v. Lilienthal als Ersatz für die Aktenkenntnis eine Erweiterung der Anklageschrift vorschlagen (139). Es wurde dabei verlangt, dass die Anklageschrift zwingend die Angabe der Beweismittel und des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen enthalten müsse. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass zur damaligen Zeit, 1909, die Anklageschrift nur die Bezeichnung der zur Last gelegten Tat zum Inhalt haben musste.

138) vgl. auch oben D III 2 b

139) v. Lilienthal, Weitergehende Durchführung der Anklageform, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Bd. 16, S. 97 ff (S. 121) ferner

Drucker, Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess? Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 128 ff (S. 143/144)

Heute wird dieser Standpunkt nur mehr vertreten von

Hartung, Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 205)

Schmidt-Leichner, Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess, Neue Juristische Wochenschrift 1951, S. 7 ff (S. 8/9)

Die Anforderungen, die der jetzt geltende § 200 StPO an den Inhalt der Anklageschrift stellt, tragen dem Verlangen v. Lilienthals voll Rechnung. Aber trotzdem wird aus den oben angeführten Gründen 140) keineswegs der Standpunkt vertreten, dass nunmehr die Aktenkenntnis des erkennenden Gerichts überflüssig geworden sei. Es darf nicht übersehen werden, dass eine vielleicht noch weitergehende Ausarbeitung der Anklageschrift - bei Verbot einer Aktenkenntnis - die Gefahr einer Voreingenommenheit keineswegs beseitigen würde.

Wenn auch ein Richter weiss, dass die ihm vorliegende Anklageschrift die Auffassung der Staatsanwaltschaft widerspiegelt und er sich von den Grundlagen, die zu dieser Auffassung des Staatsanwalts geführt haben, kein objektives Bild machen kann, da ihm die Aktenkenntnis verwehrt ist, kann nicht geleugnet werden, dass eine solche Lösung vielleicht dazu führen kann, dass sich ein Richter schon vor der Verhandlung stärker mit dem Standpunkt der Staatsanwaltschaft vertraut gemacht hat, als mit dem der Gegenseite. Es kann aber dann nicht angezweifelt werden, dass dieser Richter vielleicht noch mehr als bei der geltenden Lösung zu Ungunsten des Angeklagten voreingenommen sein wird 141).

Daher stellt das System der Strafprozessordnung - wie Peters zutreffend ausführt 142) - "mündliche Verhandlung auf der Grundlage schriftlich niedergelegter vorbereitender Verfahrensermittlungen" eine durchaus brauchbare Lösung dar.

Einem Gedanken könnte man aber in diesem Zusammenhang ohne Bedenken hinsichtlich etwaiger Änderungen der Verfahrensstruktur oder anderer tiefgreifender Neuerungen nähertreten. Es wäre dies eine intensivere Ausbildung des juristischen Nachwuchses in der Vernehmungstechnik. Darauf hat insbesondere Engelhard 143) mit grosser Eindringlichkeit hingewiesen: "Man gebe", so führt er aus, "dem Referendar Akten zu studieren, lasse ihn dann an deren Hand Vernehmungen machen und mache ihn jeweils darauf aufmerksam, wenn er den Akteninhalt in die Vernehmung projiziert. Dann lasse man ihn auf Grund der Vernehmungen eine Darstellung des Falles geben und beanstande alles, was er nur auf Grund der Akten, nicht auf Grund der Vernehmungen hineingebracht hat".

Eine solche gesetzliche Regelung bewirkt zumindest, dass sich die zukünftigen Richter der Gefahren, die ihrer Unvoreingenommenheit aus der Aktenkenntnis drohen, bewusst werden. Da das Erkennen einer Gefahr immer der erste Schritt auf dem Wege ist, sie zu vermeiden und schliesslich zu überwinden, kann in dem Vor-

140) F II 1

141) vgl. Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 599/600)

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 200)

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 323, Fussnote 4)

142) Peters, Strafprozess, S. 447

143) Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 207/208)

schlag Engelhards ein wertvoller Beitrag zur Beseitigung richterlicher Voreingenommenheit gesehen werden.

III. DIE SACHLEITUNG

Weder der Eröffnungsbeschluss noch die Aktenkenntnis des Gerichts stehen am meisten der richterlichen Unvoreingenommenheit entgegen. Das grösste Hemmnis hierfür ist vielmehr die Ermittlungstätigkeit des erkennenden Gerichts. In diesem Punkt ist es daher am vordringlichsten, nach geeigneten Änderungen zu suchen.

1. Der Parteiprozess

a) Begriff

Wenn man von Parteiprozess spricht, hat man zunächst den aus dem Zivilprozess her geläufigen Begriff im Auge, wo der "Parteiprozess" im Gegensatz zum "Anwaltsprozess" gestellt ist, und worunter man die Tatsache versteht, dass im Parteiprozess Kläger und Beklagter ihre Interessen vor Gericht in eigener Person wahrnehmen können 144). Dieser mehr technische Ausdruck des Zivilprozessrechts ist aber für den strafprozessualen Begriff des Parteiprozesses in dieser Form nicht brauchbar.

Bei der Festlegung des Begriffs "Parteiprozess" im Strafverfahren hat man von dem Gedanken auszugehen, dass das Strafverfahren über das Bestehen oder Nichtbestehen des staatlichen Strafanspruchs zu entscheiden habe, den der Staat durch seine Strafverfolgungsbehörde, die Staatsanwaltschaft, geltend macht. Auf der anderen Seite steht der Beschuldigte, der sich gegen das Begehren der Staatsanwaltschaft auf seine Bestrafung mit allen Mitteln zur Wehr setzt. Die beiden Personen, der Vertreter der Anklagebehörde - der Staatsanwalt - und der Angeklagte, stellen die "Parteien" des Verfahrens dar, denen der Richter als unabhängiger Dritter gegenübersteht 145).

Damit, dass man Staatsanwalt und Angeklagten als Parteien betrachtet, ist es aber noch nicht getan. Für diese Prozessform ist weiter entscheidend, dass nicht das Gericht, sondern die Parteien allein für die Wahrheitsermittlung verantwortlich sind. Dies bedeutet, dass die Aufgabe des Gerichts darin besteht, anhand des von den Parteien gesammelten Tatsachenstoffs das Urteil zu fällen 146). Wenn man aber die Ermittlungstätigkeit in dieser Weise auf Staatsanwalt und Angeklag-

144) vgl. Baumbach-Lauterbach, Zivilprozessordnung, Übersicht vor § 78, Anm. 1 Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, S. 3

145) vgl. Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 145

146) vgl. Goldschmidt, Die Kritiker der Strafprozessentwürfe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 41, S. 569 ff (S. 592)

ten verteilt, müssen zwei Konsequenzen gezogen werden.

Der Umstand, dass die Parteien allein für die Ermittlung des Tatsachenstoffes zu sorgen haben, schliesst die Befugnis der Parteien in sich, über die Beweisbedürftigkeit dieser Tatsachen zu entscheiden. Bedeutungsvoller aber ist die zweite Konsequenz, dass man den Parteien bei dieser Aufgabenzuweisung das Recht zuerkennen muss, über den Gegenstand des Verfahrens, den Strafanspruch, zu verfügen, d.h. insbesondere, dass der Staatsanwalt in jedem Abschnitt des Verfahrens die erhobene Anklage zurücknehmen darf.

Diese Verfahrensgestaltung geht, wie Henkel ausführt 147), davon aus, dass die Gegner dieses Rechtsstreits im freien Spiel der Kräfte alles tun, um die materielle Wahrheit zu ermitteln, auf der dann der Richter ein gerechtes Urteil fällen kann.

b) Seine Bedeutung für die Beseitigung der inquisitorischen Stellung des erkennenden Gerichts

Die Bedeutung des Parteiprozesses im Rahmen der hier anzustellenden Untersuchungen besteht vor allem darin, dass das Gericht von jeder Ermittlungstätigkeit in Form der Vernehmung des Angeklagten oder der Beweisaufnahme befreit wird, da die zivilprozessualen Verhandlungsmaximen - *da mi factum, dabo tibi ius* - zu gelten haben.

Der Vorteil ist der, dass nicht nur der Beschuldigte im Gericht einen wahren "Richter" sieht, sondern dass der Richter selbst, ungehemmt von seinen eigenen Ermittlungen, das Urteil fällen kann.

Von diesem Standpunkt aus betrachtet, würde der Parteiprozess eine ideale Lösung der hier anstehenden Fragen bringen. Das Problem besteht aber darin, ob das Wesen des Strafverfahrens und seine derzeitige gesetzliche Regelung in der Strafprozessordnung den Voraussetzungen des Parteiprozesses genügen.

c) Die Voraussetzungen des Parteiprozesses und deren Verwirklichung in der Strafprozessordnung

Wenn wir die Strafprozessordnung näher betrachten, finden wir an zwei Stellen die Formulierung "Partei": in den §§ 380 Abs. IV und 471 Abs. V StPO. Es wäre aber verfehlt, allein daraus den Schluss ziehen zu wollen, dass die Strafprozessordnung auf den Parteiprozess als Verfahrensbegriff beruht. Es handelt sich vielmehr, wie schon aus der systematischen Stellung der beiden Bestimmungen hervorgeht, um untergeordnete und beiläufig gebrauchte Formulierungen, denen keine grundlegende Bedeutung beizumessen ist. Für diese Ansicht spricht auch, dass sich die Strafprozessordnung über alle mit dem Parteiprozess notwendig verbundenen sonstigen Fragen, wie z.B. der Partei- oder Prozessfähigkeit, ausschweigt. Es ist

147) Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 142

daher erforderlich, anhand der Voraussetzungen, die der Parteiprozess verlangt, zu untersuchen, welchen Standpunkt die Strafprozessordnung tatsächlich zu dieser Prozessform einnimmt,

aa) Begriff der "Partei"

Der Begriff "Partei" lässt sich bestimmen, wenn man von der Herkunft dieses Wortes ausgeht. Lateinisch bedeutet "pars" - aus dem unser heutiges Wort "Partei" gebildet ist - soviel wie "Teil", "Richtung", "Seite" 148). Daraus folgt, dass unter "Partei" eine Person zu verstehen ist, die eine bestimmte Richtung vertritt und daher auf einer Seite steht. Im Laufe der Sprachentwicklung hat sich, wie Oetker hervorhebt 149), die Bezeichnung "Parteien" für die eingebürgert, die sich gegenseitig bekämpfen und einander zu überwinden trachten.

Zwangsläufig ist darin aber enthalten, dass eine Partei nur ihre eigenen Ziele verfolgen kann. Es ist daher mit dem Begriff "Partei" unvereinbar, jemanden als solche zu bezeichnen, der neben der Wahrnehmung seiner eigenen Ziele auch verpflichtet ist, die Interessen anderer zu berücksichtigen.

Dieser Standpunkt ist aber nicht unbestritten. Oetker und andere 150) vertreten die Auffassung, dass eine Person sehr wohl noch Partei sein kann, auch wenn sie neben ihren eigenen Zielen, vielleicht sogar entgegengesetzte, verfolgen muss. Dieser weite Parteibegriff widerspricht aber dem Wesen einer Partei, das von Natur aus "parteiisch" sein muss. Es soll damit keineswegs zum Ausdruck gebracht werden, dass "parteiisches" Verhalten mit der Anwendung unlauterer Mittel gegen den Gegner gleichgesetzt werden muss. In dem hier verstandenen Sinn bedeutet "parteiisch" lediglich die Verfolgung von Interessen mit dem Ziel, einer bestimmten Sache zu dienen. - Es ist dabei selbstverständlich, dass sich diese Tä-

148) Langenscheidts Taschenwörterbuch 1950, S. 251

149) Oetker, Strafanspruch und strafprozessualer Parteibegriff, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 1 ff (S. 11)

150) Oetker, Strafanspruch und strafprozessualer Parteibegriff, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 1 ff (S. 13/14): "Für den Parteibegriff entscheidet nicht die egoistische oder altruistische Natur des verfolgten Interesses". Der Hinweis auf die zivilprozessualen "Parteien kraft Amtes" schlägt fehl, auch wenn diese, wie z.B. der Konkursverwalter, der neben den Interessen des Gemeinschuldners auch die der anderen Konkursgläubiger zu vertreten hat, in ein und derselben Person entgegengesetzte Ziele verfolgen. Denn dieses zivilprozessuale Institut der "Partei kraft Amtes" ist, wie Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, S. 159 ff, eingehend und überzeugend darstellt, keineswegs allgemein anerkannt und wird von der Lehre fast ausnahmslos abgelehnt, ebenso wie Oetker

Brangsch, Die Stellung des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 59 ff (S. 60)

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 227, Fussnote 1)

tigkeit im Rahmen der Gesetze und der guten Sitten hält. - Dass die parteiische Funktion eine "sehr entschieden ausgeprägte Einseitigkeit" erzeugt, wie schon Schwarze bemerkte 151), ist ganz zwangsläufig, macht sie deshalb aber nicht zu einer negativ zu beurteilenden Einrichtung.

Diese mit dem Wesen der Partei verbundene einseitige Verfolgung eines bestimmten Interesses verbietet es, solche Personen als "Partei" zu bezeichnen, die auch zur Wahrnehmung fremder Interessen angehalten sind. Daher können Parteien nur wirkliche Gegenspieler sein, deren gegensätzliche Interessen im Verfahren aufeinandertreffen 152).

Ausgehend von diesem Parteibegriff pflegt ein Unterschied zwischen formeller und materieller Partei gemacht zu werden.

Nach dem formellen Parteibegriff ist Kläger, wer im eigenen Namen oder als Vertreter eines anderen den Prozess führt, Passivpartei derjenige, den der Kläger in der Anklage als Beklagten bezeichnet. Parteien sind darnach 153) "is qui rem in iudicium deducit" und "is contra quem res in iudicium deducitur".

Vor einer näheren Erörterung dieses formellen Parteibegriffs fragt es sich, ob dieser Begriff für die Lösung der hier anstehenden Probleme weiterführt.

Dies ist aber zu verneinen. In Wahrheit ist der Ausdruck "Partei im formellen Sinn" doch nichts anderes, als ein Oberbegriff für Kläger und Beklagten, mithin also nur ein gemeinsamer Name für die Prozessbeteiligten. Da ansonsten aber die sachliche Stellung von Staatsanwalt und Angeklagtem, um die es hier vornehmlich geht, nicht berührt wird 154), erscheint es müßig, hier diese Frage noch weiter zu verfolgen.

Im Gegensatz dazu kann der materielle Parteibegriff in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen. Materiell sind Parteien diejenigen, "um deren Rechte bzw. Pflichten in der Sache sich der Prozess dreht" 155): sie sind Subjekte der res in iudicium deducata.

Schon aus dieser Definition ist ersichtlich, dass die obige Annahme zutreffend zu sein scheint, dass nämlich dieser materielle Parteibegriff hier von Bedeutung sein kann. Es ist aber jetzt nicht die Stelle, darauf näher einzugehen. Der materielle Parteibegriff setzt nämlich voraus, dass die Prozessbeteiligten überhaupt "Parteien" im oben herausgestellten Sinn sind. Erst nach Bejahung dieser Frage ist es systematisch angängig, die Auswirkungen des materiellen Parteibegriffs zu erörtern. Kommt man nämlich zu einer Ablehnung der Parteieigenschaft der Prozessbeteiligten, dann wäre eine Behandlung des materiellen Parteibegriffs

151) Schwarze, Die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Der Gerichtssaal, Jahrgang 1859, S. 3 ff (S. 17)

152) vgl. Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 147

153) Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 124

154) vgl. Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 285)

155) Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 123

ebenso fehl am Platze, wie es oben eine solche des formellen Parteibegriffs gewesen ist.

bb) Die Parteistellung des Staatsanwalts

Der Staatsanwalt kann nach dem oben festgelegten Begriff als Partei bezeichnet werden, wenn er nur zu der Aufgabe verpflichtet ist, die Bestrafung des Rechtsbrechers zu erwirken.

Das geltende Strafverfahrensrecht verneint aber eine solche einseitige Stellung der Staatsanwaltschaft eindeutig. Der Staatsanwalt ist durch Gesetz verpflichtet, sein Amt objektiv, d.h. unparteiisch zu führen. Nach § 160 Abs. II StPO muss er neben den belastenden auch die entlastenden Momente ermitteln. Ferner hat der Staatsanwalt Rechtsmittel auch zu Gunsten des Angeklagten einzulegen, wenn dieser nach seiner Meinung zu Unrecht oder unangemessen schwer verurteilt wurde: § 296 Abs. II StPO. Nach den §§ 365, 296 Abs. II StPO hat der Staatsanwalt sogar die Möglichkeit, die Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Angeklagten anzustreben, wenn sich hierfür Anhaltspunkte ergeben.

Der innere Grund für diese unparteiische Stellung des Staatsanwalts ist darin zu sehen, dass es nicht die oberste Pflicht des Staates ist, den Verbrecher zu verfolgen, sondern der Gerechtigkeit zu dienen. Der Staatsanwalt wird, wie Schwarze treffend bemerkt 156), "über die Stellung eines blossen dominus litis zu einem Staatsorgane erhoben, welches nur dem höchsten Principe der Gerechtigkeit zu dienen hat" 157). Eine andere Stellung der Staatsanwaltschaft wie diese wäre mit der Würde des Staates schlechthin unvereinbar.

Trotz dieser schwerwiegenden, im Gesetz verankerten Gründe wird auch heute noch behauptet, dass der Staatsanwalt in der Hauptverhandlung eine echte Partei im oben herausgearbeiteten Sinne sei und nur die Interessen der Strafverfolgung wahrzunehmen habe 158).

Brangsch leugnet, dass § 160 Abs. II StPO für die Staatsanwaltschaft auch

156) Schwarze, Die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Der Gerichtssaal, Jahrgang 1859, S. 3 ff (S. 16)

157) Im Ergebnis übereinstimmend

Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 593)

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 147

Töwe, Staatsanwaltschaft und Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff (S. 24)

158) Brangsch, Die Stellung des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 59 ff (S. 60)

Früher vor allem

Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, S. 105 ff, S. 126 ff

im Hauptverfahren gelte. Als Begründung führt er neben den Motiven zur Strafprozessordnung vor allem die systematische Stellung des § 160 Abs. II StPO an. Aus dem Umstand, dass diese Vorschrift im 2. Abschnitt unter der Überschrift "Vorbereitung der öffentlichen Klage" steht, lehnt er es ab, ihre Geltung in der Hauptverhandlung zu bejahen. Er will sie vielmehr ausschliesslich auf das Vorverfahren beschränken. Als Unterstützung für diese Ansicht zieht Brangsch das Wort "ermitteln" in § 160 Abs. II StPO heran und folgert daraus, dass der Gesetzgeber mit dieser Formulierung die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft nur im Vorverfahren regeln wollte, da, wie Brangsch offensichtlich meint, eine "Ermittlungstätigkeit" im Hauptverfahren nicht mehr in Frage komme.

Dieser Auslegung muss aber mit Nachdruck widersprochen werden. Zunächst ist einzuwenden, dass selbst für den Fall, dass man die Argumentation zu § 160 Abs. II StPO als richtig unterstellen würde, die Existenz der §§ 296 Abs. II und 365 i. V. 296 Abs. II StPO nicht weggeleugnet werden kann. Allein diese beiden Bestimmungen würden eine etwaige Parteistellung der Staatsanwaltschaft zumindest sehr zweifelhaft erscheinen lassen.

Im übrigen geht aber diese Auslegung des § 160 Abs. II StPO fehl. Was den Hinweis Brangsch auf die Motive zur Strafprozessordnung anlangt, so erscheint es bedenklich, eine Norm anhand von Gesetzmaterialien auszulegen, die heute schon 80 Jahre alt sind. Die historische Gesetzesauslegung ist, wie Maurach zutreffend ausführt (159), "ein Hilfsmittel von überaus zweifelhaftem Wert Die geschichtliche Auslegung mumifiziert das Gesetz im Moment seines Inkrafttretens; sie ist unfähig, es über Jahrzehnte hinweg elastisch, und damit wirksam zu erhalten".

Gegen die Argumentation mit der systematischen Stellung des § 160 Abs. II StPO spricht, dass diese Vorschrift eine Fundamentalnorm für die Tätigkeit der Staatsanwaltschaft darstellt, die unabhängig von ihrer Stellung im Gesetz das ganze Wirken der Anklagebehörde durchzieht, vom Beginn bis zum Ende des Strafverfahrens.

Was schliesslich die Auslegung des Wortes "ermitteln" betrifft, so muss Brangsch zum Vorwurf gemacht werden, dass es sich hierbei um überspitzten Formalismus handelt. Auch wenn der Gesetzgeber bei der Regelung des Hauptverfahrens überhaupt nicht mehr von "ermitteln" spricht, sondern wie z.B. in § 244 Abs. II StPO davon, "dass das Gericht zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme auf zu erstrecken hat", darf nicht verkannt werden, dass im Grunde genommen dieser Wortlaut nichts anderes besagt, als dass diese Tatsachen ermittelt werden sollen.

Da es somit unvertretbar ist, der Staatsanwaltschaft die Rolle einer Partei einzuräumen, steht fest, dass das geltende Strafverfahrensrecht schon deshalb nicht im Sinne des Parteiprozesses aufgebaut ist.

De lege ferenda fragt es sich, ob es vertretbar ist, dem Parteiprozess dadurch

den Boden zu ebnen, dass man die ihm entgegenstehenden Vorschriften, insbesondere den § 160 Abs. II StPO beseitigt.

Dagegen sprechen aber erhebliche Bedenken, die besonders eingehend von Dahm und Engelhard 160) behandelt wurden. Sie betreffen vor allem die Nachteile, die dem Angeklagten daraus entstehen.

So hätte eine förmliche Beseitigung des § 160 Abs. II StPO zur Folge, dass die Staatsanwaltschaft berechtigt wäre, das gesamte etwa auftauchende Entlastungsmaterial zu vernachlässigen oder zu verdunkeln. Allein die bloße Vorstellung einer solchen Möglichkeit erscheint undenkbar, wenn man erwägt, welche Mittel und Wege der Staatsanwaltschaft bei der Ermittlung des belastenden Materials zur Seite stehen. Es erhebt sich die von Dahm 161) gestellte Frage, wer dieser ungehemmten Staatsgewalt im Ermittlungsverfahren gegenüberstehen sollte. Besonders bedeutsam wird diese Frage deshalb, weil eine wirksame Strafverfolgung unmöglich gemacht würde, wenn man nicht der Staatsanwaltschaft im Stadium der ersten Ermittlungen weitestgehend freie Hand zubilligen würde. Dem Staatsanwalt muss, wie Dahm an anderer Stelle ausführt 162), das Recht eingeräumt werden, "unbehindert durch den Beschuldigten und seinen Verteidiger sein Material vorzubringen und es nach Belieben geheim zu halten". Gerade in diesem Verfahrensabschnitt ist der Beschuldigte daher auf die Unparteilichkeit des Staatsanwalts angewiesen.

Dies gilt, wenn auch nicht in diesem hohen Masse, für das gesamte weitere Strafverfahren. Wenn dagegen eingewendet wird, dass sich der Angeklagte hier durch die Tätigkeit eines Verteidigers schützen könne, so muss dem entgegengehalten werden, dass auch bei der etwaigen Einführung einer generellen Officialverteidigung - deren Unmöglichkeit in den damit verbundenen technischen und finanziellen Schwierigkeiten liegt - eine schwere soziale Ungerechtigkeit droht. Der mittellose Beschuldigte muss sich mit einem staatlich bestellten, oft an der Sache nur wenig interessierten Verteidiger zufriedengeben, während der wohlhabende Beschuldigte gerade den besten Advokaten als Vertreter seiner Interessen wählen könnte.

Daraus wird ersichtlich, dass eine Beseitigung des § 160 Abs. II StPO, wie auch von keiner Seite bestritten wird, abzulehnen ist, da die Umwandlung der Staatsanwaltschaft in eine partiische Behörde den Interessen des Beschuldigten in hohem Masse zuwiderläuft.

160) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 591/592)

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 205)

161) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 591)

162) Dahm, a. a. O., S. 592

Daher kann aus diesem Grund bereits die Einführung des reinen Parteiprozesses nicht befürwortet werden.

cc) Die Parteistellung des Angeklagten

Die Stellung des Angeklagten ist von ganz anderen Gesichtspunkten bestimmt als die des Staatsanwalts. Keine gesetzliche Bestimmung verlangt vom Angeklagten, dass er im Prozess um Wahrheit und Gerechtigkeit kämpft. Dem Angeklagten ist es nicht verwehrt, mit allen ihm günstig erscheinenden Mitteln vorzugehen, um seine höchst individuellen Interessen durchzusetzen, die in der Regel auf Freispruch oder zumindest auf eine milde Bestrafung abzielen. Dem Angeklagten geht es ausschliesslich darum, "seine persönliche Freiheit weitestgehend gegen staatliche Eingriffe in Gestalt von strafrechtlichen Unrechtsfolgen zu verteidigen" 163).

Zu diesem Zweck kann er sich sogar eines Verteidigers bedienen, dessen Stellung aber nicht in diesem Mass schrankenlos ist. Die Grenze für dessen Tätigkeit ist im Tatbestand der Begünstigung des § 257 StGB gesetzt. Daraus folgt, dass der Verteidiger im Gegensatz zum Angeklagten nicht zu verwerflichen Mitteln greifen darf, um den Angeklagten vor einer Bestrafung zu retten. Im übrigen aber hat er freie Hand. Solange sich der Verteidiger ausserhalb des Strafrahmens des § 257 StGB hält, kann er selbst entgegen seiner eigenen Überzeugung einseitig zugunsten des Angeklagten argumentieren, da er speziell zur Wahrung der Interessen seines Mandanten, nicht zur Ermittlung der materiellen Wahrheit verpflichtet ist 164).

Damit würde dieser Prozessbeteiligte schon die Voraussetzungen mitbringen, die an eine Partei zu stellen sind: eine Person, die ausschliesslich ihre eigenen Interessen zu berücksichtigen hat.

dd) Das Verhältnis zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem

Der Parteiprozess hat neben der Parteieigenschaft der Prozessbeteiligten zur weiteren Voraussetzung, dass die Parteien im Verhältnis zueinander den gleichen Rang vor dem Gericht einnehmen.

Bereits ein Blick in den Gerichtssaal scheint dies zu verneinen. Während dem Staatsanwalt ein bevorzugter Platz an erhöhter Stelle am Ende des Richtertisches eingeräumt wird, nimmt der Angeklagte mit seinem Verteidiger "unten" im Saale - vom Sitz des Richters und des Staatsanwalts aus gesehen - Platz.

Es wäre aber verfehlt, allein schon aus diesem Umstand den endgültigen Schluss ziehen zu wollen, dass Staatsanwalt und Angeklagter tatsächlich auf verschiedenen Ebenen stehen. Es gibt nämlich keinen Anhaltspunkt dafür, dass mit dieser Sitzanordnung eine Minderbewertung des Angeklagten gegenüber dem Ver-

163) Eb. Schmidt, StPO I, S. 63

164) Zur Stellung des Verteidigers vgl. z.B. auch

Schwarze, Die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Der Gerichtssaal, Jahrgang 1859, S. 3 ff (S. 22 ff)

treter der Staatsanwaltschaft verbunden werden sollte. Verfehlt erscheint es sogar, anhand solcher Äusserlichkeiten die Lösung derart schwerwiegender Probleme finden zu wollen, wie sie die Frage der Gleichrangigkeit von Staatsanwalt und Angeklagtem bzw. Verteidiger aufwirft. Mit Bader 165) kann es daher als "belanglos" bezeichnet werden, ob der Staatsanwalt auf erhöhtem Podest oder dem Angeklagten und Verteidiger gegenüber im Saale sitzt 166).

Die Erörterung des Verhältnisses zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem muss vielmehr von anderen Gesichtspunkten ausgehen.

Die Frage der Gleichrangigkeit hängt nämlich entscheidend davon ab, ob man es bejahen kann, dass Staatsanwalt und Angeklagtem dieselben Mittel bei der Verfolgung ihrer Interessen zur Verfügung stehen. Dieser Fragenkreis dreht sich um das vielerörterte Problem der "Waffengleichheit" von Staatsanwalt und Angeklagtem 167), d. h. ob für Staatsanwalt und Angeklagten gleichermassen der Satz gilt: *non debet actori licere, quod reo non permittitur*.

Die Regelung der Strafprozessordnung lässt aber eine solche Gleichrangigkeit nicht zu. Wegweisend für die Rechtsstellung der Staatsanwaltschaft ist, dass sie die Autorität der den Staat vertretenden Behörde genießt. Darauf fussend ist sie mit Machtmitteln ausgerüstet, die dem Angeklagten schon begrifflich nicht zur Seite stehen können. In diesem Zusammenhang sei neben dem der Staatsan-

165) Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff (S. 738)

166) Zu dieser trotzdem heftig umkämpften Frage vgl. u. a.

Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff

Preissler, Der Sitz des Staatsanwalts, NJW, 1949, S. 417

v. Sauer, Der Sitz des Staatsanwalts, NJW, 1947/48, S. 683

Eb. Schmidt, StPO I, S. 64, Fussnote 106)

Strunck, Der Sitz des Staatsanwalts, NJW, 1949, S. 416 ff

167) vgl. z. B.

Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff

Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 136

Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 593)

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 205)

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 146

v. Sauer, Der Sitz des Staatsanwalts, NJW, 1947/48, S. 683

Eb. Schmidt, Staatsanwalt u. Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 286)

Thieman, Zur "Parteistellung" und Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts, Deutsche Richterzeitung, 1950, S. 255 ff (S. 255)

Töwe, Staatsanwaltschaft u. Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff (S. 24)

waltschaft zur Verfügung stehenden Polizeiapparat nur auf die ihr nach der Strafprozessordnung zugebilligten Zwangsmittel gegen den Angeklagten verwiesen, wie z.B. auf die Beschlagnahme, Durchsuchung, Festnahme usw. 168).

Gegenüber diesem aktiven Vorgehen der Staatsanwaltschaft ist der Angeklagte völlig in die Defensive gedrängt. Angriffsmittel im eigentlichen Sinne stehen ihm nicht zu. Er kann sich lediglich mit dem Rechtsmittel der Beschwerde zur Wehr setzen 169).

Damit ist das Schlagwort von der "Waffengleichheit" von Staatsanwalt und Angeklagtem im geltenden Recht "stets ein hohles Schlagwort gewesen" 170).

De lege ferenda fragt es sich aber, ob es von Vorteil wäre, wenn man Staatsanwalt und Angeklagtem - die technische Durchführbarkeit vorausgesetzt - die gleichen Mittel zur Verfügung stellen würde. Das mit dieser Frage verbundene Problem besteht darin, ob eine solche Regelung die Ermittlung der materiellen Wahrheit gewährleisten kann.

Die Verfechter einer solchen Waffengleichheit glauben, dieses Ziel deshalb auf diesem Wege erreichen zu können, weil sie darauf vertrauen, dass aus dem Kräfteparallelogramm - Streben nach belastenden Momenten auf seiten der Staatsanwaltschaft und auf entlastenden auf seiten des Angeklagten und seines Verteidigers - gleichsam im Weg arithmetischer Ermittlung die materielle Wahrheit erzielt werden kann. Folglich brauche man den Prozessbeteiligten nur die gleichen Mittel in die Hand zu geben und die gesamte Problematik der Wahrheitsermittlung sei gelöst.

Dagegen wirkt aber das Argument Dahms 171) schwer, dass nämlich kaum erwartet werden kann, dass die Ermittlung der materiellen Wahrheit dadurch bedingt ist, dass sich die von beiden Teilen vorgebrachten Einseitigkeiten und Übertreibungen automatisch gegenseitig ausgleichen und die materielle "Wahrheit damit auf dem Umweg über sich kompensierende Unwahrheiten ermittelt wird".

Da aber die Grundlage eines gerechten Urteils die materielle Wahrheit bildet und diese auch durch die Zubilligung von Waffengleichheit an die Prozessbeteiligten nicht gewährleistet werden kann, ist auch in diesem Punkt keine Änderung der gegenwärtigen gesetzlichen Lage anzuraten.

ee) Das Verhältnis von Staatsanwalt und Angeklagtem gegenüber dem Gericht

Ein weiteres entscheidendes Merkmal dafür, in welchem Umfang eine Prozessordnung auf den Grundlagen des Parteiprozesses aufbaut, ist die Stellung der Prozessbeteiligten gegenüber dem Gericht.

168) §§ 94 ff StPO, §§ 112 ff StPO

169) vgl. z.B. § 115 StPO i.V. mit §§ 114 d, 115 c Abs. II StPO

170) Töwe, Staatsanwaltschaft und Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff (S. 24)

171) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 593)

Für den Zivilprozess, dessen Charakter als Parteiprozess infolge der entgegengesetzten Interessenlage der Prozessbeteiligten keinem Zweifel unterliegt, bestimmt § 128 Abs. I ZPO, dass die Parteien "vor" dem erkennenden Gericht verhandeln. Sie vertreten dabei ihre Interessen in Form eines kontradiktorischen Streitgesprächs, in dem sie sich "miteinander" auseinandersetzen, während das Gericht, abgesehen von der ihm nach § 139 ZPO auferlegten Aufklärungspflicht, den Parteien lediglich zuhört.

Die Strafprozessordnung kennt keine diesem § 128 ZPO ähnliche Bestimmung. Es ist nirgends davon die Rede, dass die Prozessbeteiligten "vor" dem Gericht und zwar "mit" einander streiten. Im Strafprozess verhandelt der Richter mit Staatsanwalt und Angeklagtem. Die Form dieses Verhandeln ist gesetzlich geregelt. Dem Staatsanwalt stellt der Richter Fragen, den Angeklagten "vernimmt" er: § 243 Abs. II und III StPO. Daraus folgt für die Ausführungen der Prozessbeteiligten, dass sie sich "an" das Gericht wenden und sich nicht, wie die Parteien im Zivilprozess, als Streitgesprächspartner "vor" dem Gericht gegenüberstehen 172).

ff) Das Verhältnis von Staatsanwalt und Angeklagtem zum Gegenstand des Verfahrens

Der innere Grund für das Fehlen einer dem § 128 ZPO entsprechenden Bestimmung in der Strafprozessordnung liegt darin, dass die Stellung der Parteien zum Gegenstand des Verfahrens, dem staatlichen Strafanspruch, nicht dieselbe ist. Während es das Ziel des Staatsanwalts ist, die materielle Wahrheit zu finden und dem Gericht dadurch bei der Fällung eines gerechten Urteils zu dienen, ist es dem Angeklagten, wie schon oben einmal erwähnt, ausschliesslich darum zu tun, sich vor dem staatlichen Eingriff in seine persönliche Freiheit zu schützen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die von ihm angewendeten Mittel, das Verfahren zu lenken, den tatsächlichen Geschehensablauf wiedergeben. Der Angeklagte ist mithin zur Unwahrheit und zur Lüge berechtigt. Er kann daher auch auf diesem Weg Einfluss auf die Entscheidung über den Gegenstand des Verfahrens nehmen.

Dieses völlig unterschiedliche Interesse der Prozessbeteiligten zum Gegenstand des Verfahrens ist ein weiteres Argument dafür, dass der Parteiprozess mit dem Wesen des Strafverfahrens unvereinbar ist. Der Parteiprozess setzt voraus, dass die "Rechtnehmenden vor Gericht Interessen vertreten, die, vom Staate aus gesehen, auf gleicher Wertebene liegen" 173). Davon kann aber im Strafprozess nicht die Rede sein, wenn der eine Prozessbeteiligte zur Objektivität angehalten ist, dem anderen dagegen eine rein subjektive Rolle zugewillt wird.

172) vgl. zu dieser Frage im einzelnen

Eb. Schmidt, StPO I, S. 63 ff

173) Eb. Schmidt, StPO I, S. 63

Daraus erklärt sich zugleich auch, dass das Strafverfahrensrecht kein Verfügungsrecht der Prozessbeteiligten über den Prozessgegenstand kennt, was ein Charakteristikum des Parteiprozesses ist.

Von vornherein steht nicht zur Debatte, ob der Angeklagte darüber bestimmen darf, ob er sich einer Entscheidung über den gegen ihn geltend gemachten Strafanspruch unterziehen will.

Anders könnte dagegen die Stellung des Staatsanwalts aussehen, der als Vertreter des Staates den staatlichen Strafanspruch geltend macht. § 156 StPO bestimmt hierfür in dem dort verankerten Immutabilitätsprinzip, dass eine Rücknahme der Klage nach Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens nicht mehr möglich ist. Vor diesem Zeitpunkt kann aber der Staatsanwalt über den Strafanspruch verfügen. Ihm steht daher ein, wenn auch sehr begrenztes Verfügungsrecht zu. Der Grund dafür, dass nach dem in § 156 StPO genannten Zeitpunkt dieses Recht nicht mehr besteht, erklärt sich daraus, dass eine Klageerhebung eine schwere Belastung für den Angeklagten darstellt und der Angeklagte das Recht haben muss, durch Richterspruch seine Unschuld gegebenenfalls unter Beweis zu stellen.

Der entscheidende Grund dafür, dass das Strafverfahren praktisch keine Verfügungsbefugnis der Prozessbeteiligten über den Prozessgegenstand kennt, ist der, dass sich das Strafverfahren nicht als Entscheidung über ein streitiges Rechtsverhältnis der Parteien darstellt, wie es im Zivilprozess der Fall ist, sondern wie Henkel zutreffend ausführt (174), dass im Strafprozess die "Erörterung einer Gemeinschaftsangelegenheit" erfolgt, mit dem Ziel, darüber zu befinden, ob eine Strafbarkeit im Sinne des § 2 StGB vorliegt.

Ein solcher Verfahrensgegenstand kann aber nicht der Verfügungsbefugnis der Prozessbeteiligten unterworfen sein, wie es ebenso wenig möglich ist, dass dieser Verfahrensgegenstand mit Hilfe der Verhandlungsmaximen ermittelt wird, an deren Stelle im Strafverfahren die oben geschilderten Official- und Instruktionsmaximen stehen.

Dieses Fehlen des für den Charakter des Parteiprozesses entscheidenden Verhandlungs- und Verfügungsgrundsatzes im Strafprozess ist ein weiterer Grund dafür, dass Strafverfahren und Parteiprozess nicht miteinander in Einklang gebracht werden können.

d) Würdigung

Diese Ausführungen haben ein Doppeltes ergeben:

Das geltende Strafprozessrecht steht in seiner Grundauffassung dem Begriff des Parteiprozesses fern. Es bietet an keiner Stelle Einbruchsmöglichkeiten für diesbezügliche Gedankengänge.

174) Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 142

Es ist zum zweiten nicht vertretbar, eine Änderung dieser Konzeption der Strafprozessordnung zu Gunsten des Parteiprozesses zu verlangen. Dafür sind zwei Momente massgebend: Es wird nicht ersichtlich, dass die Stellung des Beschuldigten dadurch irgendwie verbessert werden kann. Die Vorteile, die eine Beseitigung der inquisitorischen Probleme bei Einführung parteiprozessualer Gedankengänge mit sich brächte, werden durch die oben geschilderten, schwerwiegenden Nachteile zunichte gemacht.

Entscheidend ist aber, dass das Wesen des Strafverfahrens mit dem des Parteiprozesses unvereinbar ist. Daran wird letzten Endes eine Befürwortung parteiprozessualer Momente im Strafverfahren scheitern (175).

175) Im Ergebnis übereinstimmend

Bader, Zur Stellung des Staatsanwalts in der heutigen Strafrechtspflege,

Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 737 ff

Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, S. 123 ff

Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff

Henkel, Das deutsche Strafverfahren, S. 144 ff

Löwe-Rosenberg, StPO, Anm. 5 vor § 141 GVG

Eb. Schmidt, Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 288)

StPO I, S. 61 ff

Schwarze, Die Stellung und Aufgabe der Staatsanwaltschaft, Der Gerichtssaal, Jahrgang 1859, S. 3 ff

Strunck, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1949, S. 416 ff

Thiemann, Zur "Parteistellung" und Weisungsgebundenheit des Staatsanwalts, Deutsche Richterzeitung, 1950, S. 255 ff

Töwe, Staatsanwaltschaft und Gericht, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 20 ff
Dagegen befürworten den Parteiprozess

Brangsch, Die Stellung des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 59 ff

v. Hippel, Der deutsche Strafprozess, S. 224 ff

Oetker, Strafanspruch und strafprozessualer Parteibegriff, Der Gerichtssaal, Bd. 108, S. 1 ff

Der Übergang vom Vorverfahren zum Hauptverfahren, Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 314 ff

Ortloff, Das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen, S. 106 ff

v. Sauer, Der Sitz des Staatsanwalts, Neue Juristische Wochenschrift, 1947/48, S. 683

Damit kann auch auf diesem Wege keine Lösung der hier zu erörternden Probleme gefunden werden.

2. Das Kreuzverhör

a) Begriff

Für das Kreuzverhör ist kennzeichnend, dass die Ermittlung des Geschehensablaufs in der Weise geschieht, dass das Verhör in der Hauptverhandlung nicht vom Richter durchgeführt wird, sondern ausschliesslich den Prozessbeteiligten überlassen ist. Die Rolle des Richters beschränkt sich, von einem ihm in der Regel zustehenden Frage- und Interventionsrecht abgesehen, darauf, den Ausführungen der Prozessbeteiligten als passiver Zuhörer zu folgen. Im einzelnen bedeutet dies, dass sich die Beweisermittlung dadurch vollzieht, dass die Prozessbeteiligten ihre Beweismittel dem Gericht gleichsam "vorführen". Jeder Prozessbeteiligte vernimmt in einem Frage- und Antwortspiel die von ihm benannten Auskunftspersonen, wobei dem Gegner des Beweisführers dann das Recht eingeräumt ist, die Beweispersonen seines Gegenüber zu befragen, mit dem heimlichen Ziel die Glaubwürdigkeit der gegnerischen Zeugen in Frage stellen zu können.

Die Urteilsfindung des Gerichts beruht dann allein auf dem, was die Prozessbeteiligten aus dem Angeklagten, den Zeugen und Sachverständigen ermittelt haben, d. h. auf einem Material, das ohne richterliche Mitwirkung gefunden wurde. Die Wahrheitsfindung vollzieht sich beim Kreuzverhör somit in der Abwägung der vom Staatsanwalt vorgebrachten Beweise und der Gegenbeweise des Angeklagten bzw. des Verteidigers.

b) Die Bedeutung des Kreuzverhörs für die Beseitigung der inquisitorischen Stellung des erkennenden Gerichts

Die Vorteile einer solchen Regelung treten klar zutage. Das Kreuzverhör bewirkt, dass die Ermittlungstätigkeit des erkennenden Gerichts beseitigt wird. Nicht mehr der Richter führt die Vernehmungen durch, sondern der Staatsanwalt und der Verteidiger. Damit scheint mit der Einführung des Kreuzverhörs ein Weg gefunden zu sein, der der psychologischen Unvereinbarkeit von ermittelnder und richtender Tätigkeit in einer Person Rechnung trägt, und der zugleich dem Angeklagten die Gewissheit gibt, dass jemand über ihn urteilt, der als wahrhafter "Richter" über ihn "Recht" sprechen wird.

c) Gesetzliche Regelung

Nach § 239 Abs. 1 StPO ist die Vernehmung der vom Staatsanwalt und dem Angeklagten benannten Zeugen und Sachverständigen dem ersteren und dem Verteidiger auf ihren übereinstimmenden Antrag hin zu überlassen, der vor Beginn der Vernehmung gestellt werden muss, andernfalls das Gericht nicht verpflichtet ist,

dem Antrag zu entsprechen. Gemäss § 239 Abs. I StPO vernimmt dann jeder die von seiner Seite vorgeschlagenen Personen zuerst. Dem Gegner steht das Recht weiterer Befragung der Zeugen der Gegenseite zu.

Dabei ist aber zu betonen, dass nur die Auskunftspersonen im Kreuzverhör vernommen werden dürfen, die von den Prozessbeteiligten "benannt" wurden: § 239 Abs. I Satz 1 StPO. Die Vernehmung der von Amts wegen nach § 221 StPO geladenen Zeugen und Sachverständigen ist allein Sache des Gerichtsvorsitzenden.

Dies ist aber nicht die einzige Einschränkung, die der Gesetzgeber bei der Zulassung des Kreuzverhörs gemacht hat. Eine weitere Einengung liegt darin, dass der Angeklagte einen Verteidiger haben muss, da nach § 239 Abs. I Satz 2 StPO nur dieser das Fragerecht ausüben kann, während der Angeklagte hierzu nicht befugt ist.

Die einschneidendste Beschränkung des Kreuzverhörs ist aber die, dass die Mitwirkung des Richters bei den Ermittlungen nicht völlig ausgeschaltet ist. Bei missbräuchlicher Durchführung der Vernehmung kann der Vorsitzende das Kreuzverhör jederzeit beenden: § 241 Abs. I StPO. Für den Fall, dass er weniger radikal vorgehen will, kann er in das Kreuzverhör dadurch eingreifen, dass er sich darauf beschränkt, gemäss § 241 Abs. II StPO ungeeignete und nicht zur Sache gehörende Fragen zurückzuweisen.

Der Wert des Kreuzverhörs wird aber vor allem dadurch gemindert, dass trotz eines durchgeführten Kreuzverhörs der Vorsitzende nach § 239 Abs. II StPO "verpflichtet" ist, die ihm zur weiteren Aufklärung der Sache erforderlich erscheinenden Fragen an die Zeugen und Sachverständigen zu richten. Diese Vorschrift läuft darauf hinaus, wie Eb. Schmidt zutreffend ausführt (176), dass sich praktisch eine "Ergänzungsvernehmung" an das Kreuzverhör anschliesst.

Die Existenz des § 239 Abs. I StPO zeigt aber, dass der Gesetzgeber dem Kreuzverhör nicht völlig ablehnend gegenübersteht, sondern es in beschränktem Umfang vielmehr zulässt (177).

d) Die Vorzüge des Kreuzverhörs

Die Vorzüge des Kreuzverhörs, die Gneist so eingehend geschildert hat (178), sind in dreifacher Hinsicht bemerkenswert.

176) Eb. Schmidt, StPO II, § 239 Anm. III

177) vgl. im einzelnen

Kleinknecht-Müller-Reitberger, Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Anmerkungen zu § 239

v. Kries, Lehrbuch des Deutschen Strafprozessrechts, S. 550 ff

Löwe-Rosenberg, StPO, Anmerkungen zu § 239

Eb. Schmidt, StPO II, § 239 Anm. II - IV

Schwarz, Strafprozessordnung, Anmerkungen zu § 239

178) Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, S. 99 ff

Das Kreuzverhör dient, was auch nicht bestritten wird, in weitem Umfang einer gründlichen und eingehenden Beweisaufnahme. Aus der Tatsache, dass der Staatsanwalt auf der einen und der Verteidiger auf der anderen Seite sehr genau über die Stärken und Schwächen der Zeugen Bescheid wissen, und dass es das brennendste Interesse beider ist, ihre Beweise möglichst erschöpfend zu führen und den Gegenbeweis anzutreten, folgt, dass der Sachverhalt grundsätzlich weitestgehend aufgeklärt wird. Mit dieser zweiseitigen Befragung wird der Gefahr begegnet, Zweifel an der Unbefangenheit und Fähigkeit einzelner Zeugen nicht aufzuklären. Dies liegt vor allem daran, dass diese Art von Verhör die Individualität der Zeugen besonders deutlich in Erscheinung treten lässt.

Weiter ist es ein Vorzug des Kreuzverhörs, dass diese Vernehmungsweise eine "unglaubliche Lebendigkeit des Eindrucks" 179) auf die Gerichtspersonen auszuüben geeignet ist. Eine solche Art der Ausfragung erscheint zumindest auf den ersten Blick spannender und fesselnder als die, aus der Natur der Sache folgend, oft etwas eintönige Vernehmung durch den Vorsitzenden. Das Kreuzverhör vermag dazu zu führen, dass das Bild des Geschehensablaufs bei den Zuhörern ein viel plastischeres und lebendigeres ist, als es in der Regel bei der herkömmlichen Vernehmung der Fall sein wird.

Der bestechendste Vorzug des Kreuzverhörs wird aber von vielen Seiten 180) darin gesehen, dass es in hohem Mass eine unbefangene Stellung des Richters gewährleistet.

Der Richter kann als stiller Zuhörer den Ausführungen der Prozessbeteiligten beiwohnen und mit Ruhe den Gang der Hauptverhandlung überwachen, wobei er sich wohl grundsätzlich ein Bild von der Persönlichkeit und der Aussage des Vernehmenen machen kann. Neben dieser Befreiung des Richters von der eigenen Ermittlungstätigkeit gewährleistet das Kreuzverhör auch auf einem zweiten Weg die richterliche Unbefangenheit. Es ermöglicht nämlich, dass der Richter ohne Kenntnis der Akten in die Verhandlung tritt.

Der Grund ist der, dass die eigentliche Sachleitung nunmehr ausschliesslich

179) Gneist, a. a. O. S. 114

180) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 598)

Dix, Vernehmungsformen in Skandinavien, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 513

Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, S. 115

Hartung, Einführung anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland? Rosenfeld-Festschrift, S. 231 ff (S. 235)

Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 202)

Schmidt-Leichner, Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 7 ff (S. 8)

in den Händen der Prozessbeteiligten liegt, deren alleiniges Interesse es ist, ein systematisches und lückenloses Bild des Geschehensablaufs dem Gericht zu geben. Die Tätigkeit des Richters selbst beschränkt sich beim Kreuzverhör in der Regel darauf, etwaige Unklarheiten durch ergänzende Fragen an die Prozessbeteiligten zu klären, wozu natürlich keine Aktenkenntnis erforderlich ist.

Damit scheint das Kreuzverhör in der Tat einen ausgezeichneten Ausweg aus den Gefahren zu bringen, die dem erkennenden Gericht aus seiner inquisitorischen Stellung drohen. Das Kreuzverhör - allein aus dem oben herausgestellten Blickfeld betrachtet - erspart es dem Richter, wie Gneist überzeugt feststellt 181), "als Agent der Inquisition in stetige Kontestationen mit allen Beteiligten zu treten und zuletzt die Resultate seiner eigenen Inquisitionsthätigkeit zu resumieren".

e) Die Bedenken gegen die Einführung des Kreuzverhörs in das deutsche Strafverfahrensrecht

Aus diesen vielen positiven Seiten des Kreuzverhörs müsste an sich der Schluss gezogen werden können, dass sich in unserem Strafverfahren, das, wenn auch beschränkte Kreuzverhör grosser Beliebtheit erfreut. Statt dessen fällt aber auf, dass in den Erläuterungen zu § 239 StPO in allen grösseren Kommentaren 182) keinerlei höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Fragen des Kreuzverhörs zitiert wird. Dies liegt darin, dass das Kreuzverhör bei uns ohne jede praktische Bedeutung ist. § 239 StPO hat nämlich, wie Eb. Schmidt bemerkt 183), nur "papierene Existenz".

Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Bedenken gegen das Kreuzverhör bei uns doch grösser sind, als auf den ersten Blick anzunehmen war.

Eine solche Feststellung erscheint umso unerwarteter, als ja bekannt ist, dass im anglo-amerikanischen Strafverfahrensrecht das Kreuzverhör der alleinige Weg zur Ermittlung der materiellen Wahrheit ist. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Grundlagen, auf denen das Kreuzverhör im anglo-amerikanischen und deutschen Rechtskreis aufbaut, völlig verschieden sind. Die einzige Gemeinsamkeit ist die, dass die Beweisaufnahme durch Befragung der Auskunftspersonen - Angeklagter, Zeugen und Sachverständige - durch Staatsanwalt und Verteidiger erfolgt.

Beim Inhalt dieser Fragen und deren Beantwortung schlägt aber das anglo-amerikanische Kreuzverhör ganz andere Wege ein 184).

181) Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, S. 115

182) vgl. die oben in Fussnote 177) zitierten Werke

183) Eb. Schmidt, StPO II, § 239 Anm. I

184) vgl. Hartung, Einführung anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechtes in Deutschland? Rosenfeld-Festschrift, S. 231 ff (S. 236)
Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland?
Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 202/203)

Zum Verständnis hierfür muss zunächst vorausgeschickt werden, dass die Organisation der anglo-amerikanischen Staatsanwaltschaft in zwei Behörden untergeteilt ist.

Der "sollicitor" besorgt den Verkehr mit dem Publikum und führt bei jeder Straftat die ersten Vernehmungen durch. Zum Auftreten vor Gericht ist aber nur der "barrister" befugt. Damit dieser in der Hauptverhandlung das vom sollicitor ermittelte Beweismaterial sinnvoll und zweckentsprechend verwerten kann, stellt der sollicitor nach einem genau durchdachten Plan die Fragen zusammen, die der barrister vor dem erkennenden Gericht an die Auskunftspersonen richten soll. Anhand dieses Fragebogens führt der barrister dem Gericht seine Beweise vor und wendet sich dabei auch an die Auskunftspersonen der Gegenpartei. Hartung 185) charakterisiert diese Art der Hauptverhandlung treffend, wenn er sagt, dass sie "ein vorher wohl einstudiertes Schaustück" darstellt.

Dabei sind - darin liegt der entscheidende Unterschied zum Kreuzverhör nach der deutschen Strafprozessordnung - die Fragen üblicherweise so abgefasst, dass sie nur mit einem Ja oder Nein beantwortet werden können.

Eine solche Fragestellung ist bei uns aber weder gesetzlich zulässig, noch auch sonst zu befürworten.

Für die Art der Fragestellung ist § 69 StPO massgebend, ohne Rücksicht darauf, ob die Vernehmung durch den Gerichtsvorsitzenden oder durch Staatsanwalt und Verteidiger im Wege des Kreuzverhörs erfolgt.

Nach § 69 Abs. I Satz 2 StPO ist der Zeuge vor seiner Vernehmung mit dem Gegenstand der Untersuchung und der Person des Beschuldigten vertraut zu machen. Dann ist er nach § 69 Abs. I Satz 1 StPO zu veranlassen, das, was ihm vom Gegenstand seiner Vernehmung bekannt ist "im Zusammenhang" anzugeben. Aus dieser Bestimmung folgt, dass es unzulässig ist, die Fragen an den Zeugen so zu formulieren, dass er nur mit einem blossen Ja oder Nein zu antworten braucht. Diese Fragestellung hätte nämlich die Wirkung, dass der Auskunftsperson eine bestimmte Antwort mehr oder minder in den Mund gelegt würde. Solche Suggestivfragen will § 69 StPO aber verhindern.

Dabei ist es unerheblich, dass § 69 StPO Suggestivfragen nicht ausdrücklich verbietet, wie es in früheren Partikularrechten der Fall war. Denn die Unzulässigkeit derselben folgt aus Inhalt und Zweck des § 69 Abs. I Satz 1 StPO unmittelbar 186). Ein Verstoß gegen diese zwingende Vorschrift 187) würde einen in der Regel

Fortsetzung der Fussnote 184) von Seite 61

Schmidt-Leichner, Deutscher und anglo-amerikanischer Strafprozess, Neue Juristische Wochenschrift, 1951, S. 7 ff (S. 10)

185) Hartung, Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 203)

186) vgl. Eb. Schmidt, StPO II, § 69 Anm. I 1

187) vgl. RGSt 62, 147 ff (S. 148); 74, 35 ff (S. 36)

auch erfolgreichen Revisionsgrund darstellen.

Einen Grund, dass man es bei uns mehr befürwortet, dass ein Zeuge vor Gericht in zusammenhängender Rede die Darstellung eines Sachverhalts gibt, hat Drucker 188) einmal angeschnitten, als er hervorhob, dass der intellektuellen Schulung unseres akademischen Nachwuchses diese Vernehmungstechnik ziemlich fremd ist. Dieses Argument trägt gewiss zum Verständnis dieses Problems bei, wenn man bedenkt, dass es bei uns mehr üblich ist, Abhandlungen zu verfassen, Referate und Vorträge zu halten und viel weniger, die harte Diskussion mit ihren stets wechselnden Situationen zu üben.

Der innere Grund der Regelung des § 69 StPO ist vor allem der, dass nur diese Art der Fragestellung geeignet ist, die Auskunftspersonen tatsächlich zu veranlassen, ihre Eindrücke vom Geschehensablauf so vorzutragen, dass den Zuhörern ein anschauliches Bild des Vorgangs geboten wird. Die Wirkung einer in dieser Weise formulierten Aussage erweckt einen ganz anderen Eindruck, als wenn der Richter seine Erkenntnis "wohl filtriert durch rechtsgelehrte Ankläger und Verteidiger sorgsam auf das nach ihrer Ansicht für die Urteilsbildung Wesentliche zurechtgestutzt" 189) empfängt.

Dies ist ein Grund, warum die anglo-amerikanische Art des Kreuzverhörs bei uns nie durchdringen kann.

Ein ebenso schwerwiegendes Argument gegen seine Einführung in den deutschen Strafprozess folgt aus der gänzlich verschiedenen Verfahrensstruktur des deutschen und des anglo-amerikanischen Strafverfahrensrechts.

Im deutschen Recht gelten die Offizial- und Instruktionsmaximen mit der Pflicht des Gerichts, von Amts wegen alles zu unternehmen, um den Sachverhalt nach jeder denkbaren Richtung zu erforschen und ohne Rücksicht auf das Vorbringen der Prozessbeteiligten die materielle Wahrheit durch eigene Ermittlungstätigkeit ans Licht zu bringen.

Dagegen basiert das anglo-amerikanische Strafverfahrensrecht auf dem reinen Parteiprozess, mit der Folge, dass dort der die Verhandlungsmaximen des deutschen Zivilprozessrechts kennzeichnende Satz, "da mi factum, dabo tibi ius", gilt: Das richterliche Wissen über den Geschehensablauf wird ausschliesslich auf das beschränkt, was die Parteien vorgebracht haben, und zwar ausnahmslos im Weg des Kreuzverhörs.

188) Drucker, Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess? Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 128 ff (S. 142)

189) Hartung, Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 203) in diesem Sinne auch

Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 201)

Da aber nur bei Geltung der Verhandlungsmaximen das Kreuzverhör zur vollen Entfaltung kommen kann, diese aber nicht im deutschen Strafverfahrensrecht verankert sind, steht auch diese Schranke der Übernahme des anglo-amerikanischen Kreuzverhörs entgegen.

Um den Erfolg des Kreuzverhörs zu gewährleisten, ist weiter erforderlich, dass die Prozessbeteiligten, Ankläger und Beschuldigter, als echte "Parteien" im oben geschilderten Sinn 190) einander gegenüberstehen. Denn nur aus einer "Gegnerschaft der Prozessbeteiligten" 191) kann das Kreuzverhör seinen Sinn und Zweck erfüllen. Da es aber in unserem Strafverfahren an einer solchen Gegnerschaft der Prozessbeteiligten fehlt 192), sind bei uns die Voraussetzungen einer echten kontradiktorischen Hauptverhandlung nicht gegeben.

Dieser tiefgreifende Unterschied in der Verfahrensstruktur verbietet es somit ebenfalls, das Kreuzverhör anglo-amerikanischen Musters bei uns zu befürworten.

Es fragt sich aber zum Schluss, was unsere Richter davon abhält, vom Kreuzverhör wenigstens im Rahmen des § 239 Gebrauch zu machen.

Zunächst ist zu erörtern, ob das Kreuzverhör, auch wenn es nach den Vorschriften der Strafprozessordnung gehandhabt wird, in der Lage ist, die kriminelle Persönlichkeit des Angeklagten zu erfassen, damit gemäss der Zweispurigkeit des materiellen Strafrechts 193) die richtigen Wege zur Resozialisierung des Täters beschritten werden können.

Es ist dies vor allem deshalb zweifelhaft, weil sich die Fragen der Prozessbeteiligten an den Angeklagten beim Kreuzverhör weniger auf seine innere Einstellung zur Tat, auf seine Triebkräfte und seinen sonstigen persönlichen Werdegang konzentrieren, wodurch am eindrucksvollsten die Persönlichkeit des Angeklagten vor Augen geführt würde, sondern ausschliesslich darauf, dass alles ans Licht kommt, was der Aufklärung der Tat selbst im Augenblick ihrer Begehung tunlich ist, während die anderen Fragen höchstens am Rande gestreift werden und zwangsläufig hinter der Menge des sonstigen Tatsachenmaterials zurücktreten.

In diesem Punkt kann das Kreuzverhör daher nicht vollkommen den Anforderungen des materiellen Rechts an das formelle Recht Rechnung tragen.

Weiter ist bedenklich, dass die Durchführung des Kreuzverhörs, selbst im Rahmen des § 69 StPO nicht immer die Gewähr dafür bietet, dass den Auskunftspersonen keine Fangfragen gestellt werden - von Gneist 194) auch "captiöse" Fragen genannt -, dass nämlich eine Zeugenaussage bewusst in eine bestimmte, nicht im-

190) F III 1 c aa

191) so Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 599)

192) vgl. oben F III 1 c bb

193) vgl. dazu im einzelnen

Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, S. 59 ff

194) Gneist, Vier Fragen zur Deutschen Strafprozessordnung, S. 114

mer der Wahrheitsermittlung dienende Richtung gelenkt wird. Zwar hat der Richter die Möglichkeit, dagegen nach § 241 StPO vorzugehen, doch ist es ausserordentlich schwierig für ihn, diese zu unterbindende Gefahr für die materielle Wahrheit so früh zu erkennen, dass sein Einschreiten noch den nötigen Erfolg haben kann. Leitet der Richter aber selbst die Verhandlung, so ist er einer solchen Schwierigkeit automatisch enthoben.

Gegen eine praktische Anwendung des § 239 StPO spricht aber vor allem, dass die Stellung des Beschuldigten, auch wenn ihm ein Verteidiger zur Seite steht, im Kreuzverhör wesentlich schwächer ist, als bei der herkömmlichen Vernehmungsweise.

Man braucht nur zu bedenken, dass der Angeklagte hilflos der geschulten und zielbewussten Vernehmungstechnik des Staatsanwalts unterworfen wird, der er mit seinen oft einfachen und primitiven Gedankengängen nicht immer gewachsen ist, so dass er sich zu Antworten hinreissen lässt, die er bei der herkömmlichen Vernehmungsart, zumindest in dieser Form nie gegeben hätte, die ihm aber so kunstgerecht in den Mund gelegt wurden, dass er keinen anderen Ausweg mehr sah, als in dem von seinem Prozessgegner gewünschten Sinn zu antworten.

Dadurch wird dem Angeklagten sein ureigenstes Recht, sich so zu verteidigen, wie es ihm selbst gut scheint, indirekt aus der Hand genommen.

Besonders die beiden letzten Punkte machen es sehr fraglich, ob im Wege "dialektischer Befragung" 195) tatsächlich der richtige Weg zu sehen ist, die materielle Wahrheit zu ermitteln. In der Verneinung dieser Frage ist ein Grund zu sehen, dass das Kreuzverhör trotz seiner nominellen Geltung in der Strafprozessordnung keinen Eingang in die Praxis gefunden hat.

Der primäre Grund liegt darin, dass das Kreuzverhör unserem Strafverfahren wesensfremd ist. Man kann nicht, wie Hartung feststellt 196), "Elemente einer auf Verhandlungsmaximen aufgebauten Verfahrensart in eine Prozessordnung übernehmen, die sich zum Ziele setzt, von Amts wegen die materielle Wahrheit zu erforschen". Eine Reform kann man nicht dadurch ausführen, "dass man aus dem geschlossenen Bau des deutschen Strafverfahrensrechts ein Steinchen" - die Vernehmung durch den Richter - "herausbricht, ohne den ganzen Bau zu gefährden".

Auch wenn die Einführung des Kreuzverhörs an sich eine ideale Lösung der inquisitorischen Probleme mit sich bringen würde, scheitert seine Befürwortung doch an der Grundhaltung unseres Strafverfahrensrechts, dessen Umgestaltung in den reinen Parteiprozess, in dem das Kreuzverhör seine dominierende Stellung haben würde, aus den oben 197) herausgearbeiteten Gründen aber abgelehnt werden muss.

195) vgl. Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 598)

196) Hartung, Einführung des englisch-amerikanischen Strafverfahrensrechts in Deutschland? Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 201 ff (S. 203, 205)

197) F III 1 d

3. Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht

Die vorhergegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass es nicht vertretbar ist, durch grundlegende Änderungen der Struktur unseres Strafverfahrens den inquisitorischen Gefahren zu begegnen. Die einzige, noch verbleibende Lösung, die keine grundlegende Umgestaltung des Strafverfahrens voraussetzen würde, ist die Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht.

Es wird heute kaum mehr daran gedacht, dass unsere Strafprozessordnung bis zum Inkrafttreten der sog. "Lex - Emminger" 198) bei den Schwurgerichten eine solche Trennung kannte.

Der Vorsitzende des Schwurgerichts hatte die Verhandlung zu leiten, die zuhörenden Laienrichter mussten ohne Mitwirkung des Vorsitzenden und der anderen Berufsrichter allein über die Schuldfrage entscheiden. Oetker 199) betrachtete es damals als "ein Gebot der Gerechtigkeit", diesen wesentlichen Vorzug der Gerichtsbildung über den grossen Mängeln der Gerichtsorganisation nicht zu übersehen. Trotzdem wurde 1924 198) aus Gründen, auf die hier nicht näher einzugehen ist, die heute geltende Fassung des § 196 GVG eingeführt und die Personalunion zwischen Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht auch für die Schwurgerichte hergestellt.

Die Frage einer Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht tauchte erst wieder auf der Tagung der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung vom 24. und 25. Mai 1929 in Breslau auf, wo sie Gegenstand eingehender Erörterungen war 200).

Dieser Weg einer Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht scheint eine geradezu bestechende Lösung aller Probleme zu bringen, die der Unbefangenheit des erkennenden Richters aus seiner inquisitorischen Stellung entgegenstehen.

Dem heutigen Richter, der Verhandlungsleiter und Richter in einer Person ist, würde ein zweiter Richter zur Seite gestellt, dessen alleinige Aufgabe darin besteht, die Verhandlung zu leiten. Diesem Verhandlungsleiter obliegt dann die gesamte Tätigkeit des heutigen Vorsitzenden in Bezug auf die Vorbereitung und Leitung der Hauptverhandlung.

Dies bedeutet im einzelnen, dass der Verhandlungsleiter den Eröffnungsbeschluss zu erlassen hätte, dessen Grundlage die ihm vorgelegten und bekannten Akten des Vorverfahrens bilden. Die zweite wichtige Aufgabe des Verhandlungsleiters ist die Ermittlung der materiellen Wahrheit im Rahmen der Beweisaufnahme in der

198) VO vom 4.1.1924, RGBI. I S. 15 ff (S. 16/17)

199) Oetker, Ein Vorschlag zur Verbesserung der Schwurgerichte, Der Gerichtssaal, Bd. 65, S. 325 ff (S. 329)

200) vgl. Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 113 ff

Hauptverhandlung.

Für das erkennende Gericht, das alle materiellen Entscheidungen zu treffen hat und das erstmalig in der Hauptverhandlung mit dem Fall befasst wird, bedeutet diese Lösung, dass es der Hauptverhandlung zuhören kann, ohne von der Kenntnis der Akten und dem Ausspruch des Eröffnungsbeschlusses vorbelastet zu sein, und ohne selbst an der Überführung des Angeklagten mitwirken zu müssen.

Ein derart über der Sache stehendes Gericht, dem der Sachverhalt von der sachkundigen Hand des Verhandlungsleiters, der auf das Genaueste mit der Materie vertraut ist, im wahrsten Sinne des Wortes "vorgeführt" wird, scheint in dieser unbefangenen Stellung der wahre Garant eines gerechten Urteils zu sein 201).

Trotz dieser vielen und gewichtigen Vorzüge kann aber auch diese Lösung nicht bedenkenlos befürwortet werden.

Es besteht kein Zweifel darüber, dass dieser Weg jede Voreingenommenheit des erkennenden Richters beseitigt. Es erhebt sich aber die Frage, ob nicht die unbestreitbare Voreingenommenheit des Verhandlungsleiters 202), der die Akten kennt und der den Angeklagten für hinreichend tatverdächtig erklärte, dazu führt, dass er die Verhandlung in einer für den Angeklagten ungünstigen Weise lenkt, so dass der erkennende Richter aus dem Gang der Vernehmung zwangsläufig Folgerungen ziehen muss, die sich später in negativem Sinn gegen den Angeklagten auswirken können. Es ist fast so, dass die Befangenheit des Verhandlungsleiters im Urteil des erkennenden Richters zwangsläufig ihren Niederschlag finden muss. Unter diesem Gesichtspunkt gesehen ist aber die Einführung eines eigenen Verhandlungsleiters überflüssig.

Weiter ist zu klären, ob der Verhandlungsleiter tatsächlich in der Lage sein kann, dem erkennenden Richter eine so eingehende und gründliche Kenntnis des Geschehensablaufs zu vermitteln, dass dieser dann ein wohlfundiertes Urteil fällen

201) so früher auch

Goldschmidt, Das deutsche und österreichische Strafverfahren und die Ausichten für eine Vereinheitlichung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 43, S. 409 ff (S. 422)

heute vor allem

Eb. Schmidt, Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff (S. 21)

vgl. aber auch seinen früheren Standpunkt in

Staatsanwalt und Gericht, Kohlrausch-Festschrift, S. 263 ff (S. 301) 1944

202) vgl. Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 206) sogar ebenso auch

Drucker, Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess? Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 128 ff (S. 141)

kann. Manche glauben 203) dieses Problem dadurch lösen zu können, dass sie dem erkennenden Richter ein möglichst weitgehendes Fragerecht zubilligen. Dieser Vorschlag führt aber doch in seiner Konsequenz dazu, den erkennenden Richter wieder zum blossen Inquirenten herabzuwürdigen.

In der Tat liegt in diesem Punkt einer der entscheidenden Mängel der Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht. Es ist, wie Dahm zutreffend feststellt 204), eine "banale psychologische Erfahrung", dass die wirkliche Kenntnis der Tat nur durch eigenes Fragen entsteht, nicht aber nur durch blosses Zuhören aus der Entfernung.

Damit bedeutet aber eine Trennung von Verhandlungsleitung und erkennen-dem Gericht, dass der nur zuhörende Richter zwar nicht immer, aber doch in manchen Fällen kein klares Bild vom Geschehensablauf gewinnen kann, da ihm die Möglichkeit genommen ist, an der Feststellung der Tatsachen mitzuwirken, die er für bedeutsam bei der Urteilsfällung hält 205). Dieser Umstand stellt aber eine unerträgliche Gefahr für den Zweck des Prozesses dar, Ermittlung der materiellen Wahrheit und ein darauf fussendes gerechtes Urteil.

Ausserdem ist es sehr fraglich, ob ein echter Gegensatz zwischen Verhandlungsleitung und Urteilsfällung besteht, d. h. ob das eine Institut ein aliud gegenüber dem anderen ist und umgekehrt. Nur dann ist es nämlich möglich, eine organische Trennung in zwei Aufgabengebiete - Verhandlungsleitung und Urteilsfällung - vorzunehmen.

Zur Klärung dieses Problems ist es notwendig, die Aufgabe näher zu betrachten, die dem Gericht in der Hauptverhandlung gestellt ist, die, grob gesprochen, in der Beurteilung der Person des Angeklagten in Verbindung mit seiner Tat besteht. Dazu ist 206) die Feststellung seiner Handlungsweise, seiner Täterschaft, die Beurteilung seiner inneren Einstellung in dieser Handlungsweise, die Durchleuchtung und Erkennung des Täters als Gesamtpersönlichkeit erforderlich, woran sich dann als Abschluss und Krönung die richterliche Entscheidung in Form des Urteils anschliesst.

203) so z.B. auch

Eb. Schmidt, Probleme der Struktur des Strafverfahrens unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Deutsche Richterzeitung, 1959, S. 16 ff (S. 21)

204) Dahm, Die Grenzen des Parteiprozesses, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 52, S. 587 ff (S. 599)

205) So insbesondere als Diskussionsredner zu "Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?" in Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 113 ff

Exner, a.a.O. S. 173/174

Reichert, a.a.O. S. 181

Schlosky, a.a.O. S. 162

206) vgl. Freisler, Einiges vom werdenden deutschen Blutbanngericht, Deutsche Juristenzeitung, 1935, Sp. 585 ff (Sp. 588)

Daraus wird aber mit Deutlichkeit ersichtlich, dass Ermittlungstätigkeit und Urteilsfindung ein organisch gewachsenes Ganzes darstellen, wobei sich ein Glied an das andere anfügt. Dem Gericht obliegt demgemäss die Erfüllung einer "einheitlichen Aufgabe" 207).

Eine willkürliche Zerlegung dieser natürlichen Einheit in zwei Teile lässt die Befürchtung entstehen, dass die dadurch geschaffenen, von einander völlig unabhängigen Hälften, allein für sich genommen, nicht lebensfähig sind und somit ihren Zweck im Strafverfahren nicht voll erfüllen können.

Noch ein weiterer Punkt spricht gegen die Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht.

Eine Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht würde nämlich in einem Punkt keinerlei Änderung gegenüber der bisherigen Regelung bringen. Der erkennende Richter muss weiterhin die alleinige Verantwortung für den von ihm gefällten Urteilsspruch tragen. Nach der jetzt geltenden Regelung konnte er die Grundlage für diesen Urteilsspruch selbst finden, so dass er bei der Urteilsfällung nur seine eigene Tätigkeit zu verantworten hatte. Bei einer Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht würde sich die Lage aber so gestalten, dass der Richter als Grundlage seines Urteils Material verwerten muss, das seiner Ansicht nach unvollständig, vielleicht sogar fehlerhaft ist, und wogegen er sich nicht zur Wehr setzen kann. Dies würde aber eine nahezu unzumutbare Belastung der richterlichen Tätigkeit bedeuten, für die Engelhard die treffende Forderung aufgestellt hat 208): "Wer die Verantwortung trägt für ein Erkenntnis, der muss auch die Verhandlung gestalten können, auf der das Erkenntnis beruht".

An diesem unlösbaren Moment der Verantwortung muss, auch wenn man die sonstigen Bedenken zurückstellt, letzten Endes die Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht scheitern 209).

207) Freisler, a. a. O. Sp. 589

208) Engelhard, Vorakten und Vernehmungen in der Hauptverhandlung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 50, S. 197 ff (S. 207)

209) Neben Engelhard a. a. O. in diesem Sinne vor allem

Freisler, Einiges vom werdenden deutschen Blutbanngericht, Deutsche Juristenzeitung, 1935, Sp. 585 ff (Sp. 592)

Hennericii, Diskussionsbeitrag zu "Welche Folgerungen ergeben sich aus der Strafrechtsreform für den Strafprozess?" Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, Neue Folge, Bd. 4, S. 185

G) ERGEBNIS

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass von dem Blickfeld der hier angestellten Betrachtungen her keine Einwendungen gegen das Vorverfahren bestehen. Bedenken sind aber gegen das Zwischenverfahren mit seinem positiven Eröffnungsbeschluss und der damit verbundenen Aktenkenntnis des erkennenden Gerichts und gegen die Sachleitung vorzubringen. Befriedigende Lösungen bieten sich eigentlich nur für das Zwischenverfahren. Hinsichtlich der anderen Fragen würde jede Lösungsmöglichkeit eine nicht erwünschte, einschneidende Strukturänderung unseres Strafverfahrensrechts voraussetzen. Die im letzten Punkt erörterte Trennung von Verhandlungsleitung und erkennendem Gericht, die keine derart umwälzenden Neuerungen verlangen würde, scheitert an den oben dargestellten Bedenken.

Das Ergebnis dieser Untersuchungen bringt somit eine grundsätzliche Bestätigung der Richtigkeit des vom Gesetzgeber vor mehr als 80 Jahren eingeschlagenen Wegs. Es wird zwar nicht verkannt, dass unserer Strafprozessordnung im Rahmen der hier angestellten Überlegungen Mängel anhaften, die mehr als blosse Schönheitsfehler sind. Es bestätigt sich aber, dass unser Strafverfahrensrecht, im ganzen gesehen, angesichts der sehr beschränkten Alternativen eine durchwegs zufriedenstellende Lösung gefunden hat.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 1.2.1936 in München geboren als Sohn der Stadtdirektorsehegatten Benno und Rosa Ziegler, geb. v. Koepfel.

Von 1942 bis 1947 besuchte ich in München die Volksschule. 1947 trat ich in das Theresien-Gymnasium in München über, wo ich nach dem Besuch von neun Klassen am 19.7.1956 die Reifeprüfung ablegte.

Ich studierte dann an der Ludwig-Maximilians-Universität in München vom Wintersemester 1956/57 bis zum Wintersemester 1959/60 sieben Semester Rechtswissenschaft.

Im Anschluss an das Universitätsstudium legte ich in München die 1. juristische Staatsprüfung ab, die ich am 14.7.1960 bestand.

Derzeit bin ich als Rechtsreferendar beim Bayer. Landgericht München I beschäftigt.

